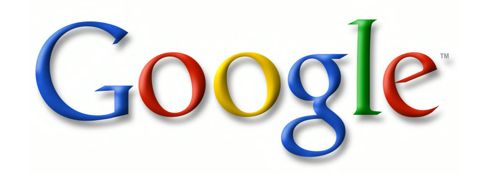






Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils erste Abtheilung.

Zweyte durchaus verbesserte Auflage.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1806.

Lib. II. Tit. I.

De

Iurisdictione.

§. 184.

Begriff der Gerichtsbarkeit im Sinn des römischen Rechts.

Da die Gesetze, ihrer eigentlichen Natur und Absicht nach, nichts weiter als von dem, was in den mannigfaltigen Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens Recht und Unrecht ist, die allgemeinen Regeln enthalten; so ist in einzelnen Fällen, da über das Mein und Dein ein Streit entstehe, rechtliche Bestimmung durch richterliches Urtheil um so mehr erforderlich, je weniger ausserdem der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft, Sicherung und Schutz der bürgerlichen Rechte, zu erreichen wäre. Zu dem Ende ist nun im Staat eine öffentliche Gewalt angeordnet, deren Wirksamkeit darin bestehet, die Gesetze auf die einzelnen Fälle mit Bestand anzuwenden, und nach Maasgabe derselben nicht nur über das Mein und Dein einzelner Partheyen vermittelst eines Urtheils das, was Recht oder Unrecht ist, zu bestimmen, sondern auch dasselbe vermittelst äusserlichen Zwanges zu handhaben. Eine solche

im Staat festgesetzte bürgerliche Gewalt wird Gerichtsbarkeit, *Iurisdictio* im allgemeinen Sinne, genennt [1]).

Diese Gerichtsbarkeit kann aus einem zweyfachen Gesichtspuncte betrachtet werden. Erstens als ein Recht, welches der höchsten Gewalt im Staate wesentlich zukommt. Zweytens als eine von der höchsten Gewalt im Staate verliehene Befugniß. In jener Rücksicht macht die Gerichtsbarkeit einen Theil der oberrichterlichen Staatsgewalt aus, und besteht in dem Rechte, gegebene Handlungen der Unterthanen, in sofern dabey von der Bestimmung des Rechts selbst die Frage ist, nach den Gesetzen des Staats rechtsgültig zu beurtheilen [2]). Diese Gerichtsbarkeit wird die

1) Die Lehre von der Jurisdiction überhaupt haben vorzüglich abgehandelt: *Io. Andr.* HANNESEN in Diss. de iurisdictione. *Goettingae* 1750. 4. Friedr. Georg Aug. Lobethan Versuch einer systematischen Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit der weltlichen sowohl als der kirchlichen. Halle 1775. 8. und besonders *Iul. Frid.* MALBLANC Conspectus rei iudiciariae Romano germanicae. *Norimbergae et Altdorfii* 1797. 8. Unter den ältern Schriftstellern verdient auch noch *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione, qualemcunque habeant omnes iudices, tam seculares, quam ecclesiastici. *Francofurti* 1623. 4. angeführt zu werden. Die Schriften von der römischen und teutschen Jurisdiction werden am gehörigen Orte bemerkt werden.

2) S. Joh. Jac. Moser von der Landeshoheit in Justizsachen. Frankfurt und Leipzig 1773. 4. Sieber von der Macht der Reichsstände, selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1784. Vorzüglich Gönner von der landesherrlichen Gewalt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihren Einschränkungen, in Desselben Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses. 1. Band. (Erlangen 1801. 8.) Nr. I.

die höchste oder oberherrliche Gerichtsbarkeit, *iurisdictio eminens*; *sublimis*, s. *territorialis* genannt, und stehet in Teutschland dem Kaiser, und den Reichsständen in ihrem Lande zu. Von dieser ist im teutschen Staatsrechte umständlicher zu handeln [3]) Hier betrachten wir die Gerichtsbarkeit als ein von der höchsten Gewalt im Staate verliehenes Recht.

So wenig ich nun mit Titius [4]) dafür halte, daß das römische Recht in der Lehre von der Gerichtsbarkeit heutiges Tages keinen Gebrauch mehr habe, indem die tägliche Praxis das Gegentheil vor Augen legt [5]), so wichtig ist doch wegen der großen Verschiedenheit der römischen und teutschen Staatsverfassung der Unterschied zwischen der römischen und teutschen Gerichtsbarkeit, ohne dessen genaue Kenntniß Verwirrung in dieser wichtigen Lehre unvermeid-

3) S. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts. 2. Band. §. 261. ff. Schnauberts Anfangsgründe des Territorialstaatsrechts §. 317. ff. Die davon handelnden Schriften sind in der Pütterschen Litteratur des StaatsR. 3. Th. §. 1158—1160. u. 1228. und Hrn. Hofr. Klübers neuen Litteratur des teutschen Staatsrechts S. 323. ff. angeführt.

4) in Iure privato Lib. VIII. Cap. X. §. 14. Man sehe dagegen COCCEJI Ius civ. controv. h. t. Qu. 29. und die gelehrte Anmerkung des Hrn. Prof. Emminghaus in der neuen Ausgabe des COCCEJI Tom. I. *Lipsiae 1791.* pag. 188. not. u.

5) S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 2. Th. Nr. II. §. 6. S. 112. ff.

meidlich ist [6]). Ich will nun zuerst von der römischen Gerichtsbarkeit [7]) handeln.

Die Römer nahmen den Ausdruck IURISDICTIO bald im engeren bald im ausgedehnteren Sinn.

A) Im engern und eigentlichen Sinne des römischen Rechts heißt IURISDICTIO, die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amts (*iure magistratus*) zustehende Befugniß, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach den Gesetzen zu untersuchen und

6) Von den Folgen des Mißbrauchs der römischen und teutschen Begriffe von der Jurisdiction ist neuerlich in einer Schrift sehr ausführlich gehandelt worden, welche den Titel hat: Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze. Leipzig 1791. 8.

7) Die vorzüglichsten Schriften über die Lehre von der römischen Jurisdiction sind, ausser *Ger.* NOODT, welchen unser V. schon angeführt hat, *Ant.* GOVEANI adversus Eguinarium Baronem de imperio et iurisdictione Commentarii. *Ienae* 1596. 8. *Lud.* CHARONDAE de iurisdictione et imperio libellus. *Paris.* 1554. rec. *Halae* 1771. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 844.) *Arn.* VINNII liber de iurisdictione et imperio. *Lugd. Batavor.* 1644. et inter EIUSDEM Tractatus quinque. *Franequerae* 1690. 4. pag. 98. sqq. *Scip.* GENTILIS de iurisdictione libri III. *Francof.* 1613. 8. *Ant.* QUINTANADUEGNAS Tr. de iurisdictione et imperio apud MEERMANNUM in *Thes. iur. Rom. et Canon.* T. II. *Guil.* MARANUS de iurisdictione, in *Oper.* T. II. *Tolosae* 1684. *Ios.* FINESTRES lib. de iurisdictione et imperio magistratuum tam urbanorum quam provincialium, *Cervariae Lacetanor.* und *Ge. Christ.* GEBAUERI Commentat. academ. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. eiusdemque doctrinae in Germania usu. Edit. 2da. *Lipsiae* 1733. 4.

und zu entscheiden, oder auch, wenn es bey der Entscheidung eines Rechtsstreits noch auf die Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände ankommt, den Partheyen einen Richter zu bestellen [8]). Wir bemerken hierbey folgendes.

I) Alle römische Gerichtsbarkeit in diesem strengen Sinne genommen, stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, immer als ein öffentliches Amt (*iure magistratus*) zu [9]). Denn nur gewisse Personen waren öffentlich dazu bestellt, daß sie die Jurisdiction ausüben sollten [10]). Diese hießen daher, *magistratus*. Eine Gerichtsbarkeit, welche jemandem ohne Rücksicht eines öffentlichen Amtes erb-

8) In der *L. 3. D. h. t.* am Ende sagt Ulpian ganz ausdrücklich: Iurisdictio est etiam *iudicis dandi licentia*, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, diese Stelle mit *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. für corrupt zu halten. S. HOTOMANNUS lib. VII. Observat. c. 16. WISSENBACH ad Pandect. h. t. §. 33. und besonders *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 221. seq. Wenn in der *L. 12. §. 1. D. de iudic.* gesagt wird, die Bestellung eines iudicis geschehe von den magistratibus, quibus id *more* concessum est, *propter vim imperii*, so ist dies eben so viel als vi sui magistratus, s. suae potestatis. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. Tit. de iudiciis ad L. 12. cit. not. l. pag. 179.

9) *L. 1. pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisd.*

10) Mit Recht sagt daher *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdict. et imperio Lib. I. Tit. 2. nr. 7. (in *Thes. Meerm.* T. II. p. 217.) Quod dicitur: *Iure magistratus*, hanc vim habet, quasi delato Magistratu muneris potestate ac lege iurisdictio concessa intelligatur.

und eigenthümlich zustehen kann, war den Römern völlig unbekannt. Eine Bemerkung, die zur richtigen Anwendung der römischen Gesetze von der Jurisdiction von großer Wichtigkeit ist.

II) Die Jurisdiction im eigentlichen Sinn des Römischen Rechts war blos auf die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten beschränkt [11]). Denn dies ist der eigentliche Sinn des Ausdrucks *ius dicere*, Recht sprechen [12]). Gewöhnlich verfügte jedoch eine römische Magistratsperson nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte, und bestellte alsdann, wenn die Entscheidung der Sache auf der Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände beruhete, den Partheyen einen Judex. Dies war die gewöhnliche Verfahrungsart (*ius ordinarium*). In gewissen Fällen aber mußte der Prätor selbst cognosciren, und den Ausspruch thun (*decernere*). Ein solches Verfahren hieß *cognitio extraordinaria*, wovon Lib. L. Tit. 13. der Pandecten nachzusehen ist. Die römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Pandectenrechts äusserte

11) *L. 1. §. 9. et 10. D. de op. novi nunciat.* — Quid aliud agebat Praetor, quam hoc, ut controversias litigatorum dirimeret. Daß auch schon zu den Zeiten der freyen Republic der Begriff von Jurisdiction blos auf streitige Privatrechtssachen eingeschränkt gewesen, bey Criminalsachen aber das Wort *quaestio* gebraucht worden sey, hat ERNESTI in Clavi Ciceron. sub v. *Iurisdictio* aus vielen Stellen des Cicero deutlich erwiesen. Man s. auch GRAEVIUS in Animadversion. ad *Sigonium* de iudiciis edit. *Thomas.* T. II. p. 754.

12) Man vergleiche hier besonders *Franc.* DUARENUS in Disputat. Anniversar. Lib. I. cap. 53. und *Scip.* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 28.

äusserte sich daher besonders in decernendo et iudicis datione [13]). *Decernere* aber hieß, quoties magistratus ipse extra ordinem cognoscebat [14]). Man unterschied daher

III) von Iurisdictio das Recht einer römischen Magistratsperson, die bey Ausübung der Gerichtsbarkeit zu befolgende Rechtssätze durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen. Man siehet dieß aus den Worten des Edicts [15]): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa — in albo — propositum erit, dolo malo corruperit* u. s. w. Die Gewalt eines römischen Magistrats gieng soweit, daß er aus wichtigen Ursachen von der Regel des gemeinen Rechts abweichen, und durch seine Edicte ein neues Recht einführen konnte. Die verschiedenen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben einen Beweis, daß er sogar etwas, was geschehen ist, für nicht geschehen, und etwas, was nicht geschehen ist, für geschehen annehmen konnte, wenn ihm dieses nöthig zu seyn schien, um die Strenge des Rechts zu mildern, und einen unbilligen Verlust zu verhüten [16]). Dieses

13) *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ordin. Pandectar. P. I. §. 244.

14) HEINECCIUS in Historia Edictorum pag. 318. not. b.

15) *L. 7. pr. D. h. t.* Add. *L. 2. §. 10. D. de or. Iur.*

16) *L. 7. D. de restitut. in int. L. 1. D. quod met. c. gest. L. 1. D. de dolo malo. L. 1. §. 1. D. de minorib. L. 2. §. 1. D. de cap. minut. L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 1. pr. D. de alienat. iud. mut. c. facta.* Verschiedene Rechtsgelehrten, z. B. Heineccius, haben zwar behaupten wollen, daß sich die Prätoren diese Gewalt mit Unrecht angemaßt; allein *Io.* RICHERI in Vindiciis Praetoris Rom. et iuris honorarii. *Lugd.*

ses ius edicto magistratus constitutum wird in unsern Gesetzen zuweilen *forma iurisdictionis* genennt [17]).

IV) Die eigentliche Gerichtsbarkeit begriff nicht einmal die Vollstreckung der Urtheile durch rechtliche Zwangsmittel in sich [18]). Diese gehörte zum imperio und zwar mixto der höhern Magistratspersonen [19]), von welchem ich beym §. 187. handeln werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [20]), übten den Gerichts-

Lugd. Batav. 1748. 8. hat sie gegen diesen Vorwurf hinlänglich vertheidiget.

17) *L.* 20. *pr. D. fam. ercisc. L.* 5. §. 1. *D. ut legator. caus. caveat. L.* 1. *C. ubi in rem actio.* Conf. GENTILIS de iurisdictione Lib. I. cap. I. pag. 4.

18) *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. I. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. I. §. 244. n. 5. et 6.

19) *L.* 5. §. 1. *D. de officio eius, cui man. est iurid.* Mandata *iurisdictione* privato, etiam *imperium*, quod non est merum, videtur mandari: *quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est.* COERCITIO ist hier, wie *Scipio* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 5. p. 13. ganz richtig sagt, nichts anders, als *coactio et potestas iubendi atque exequendi.* Und diese Coercitio wird *modica* genennt, weil die zur Vollziehung rechtlicher Erkenntnisse zu gebrauchende Zwangsmittel auf keine Leib, und Lebensstrafen hinauslaufen, welche das Imperium merum begriff. Sehr deutlich unterscheidet auch ULPIANUS in *L.* 4. *D. de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er sagt: *Iubere caveri praetoria stipulatione,* IMPERII *magis est quam* IURISDICTIONIS, welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

20) *L.* 32. *D. de Iniur. L.* 26. *D. ad Municipal.*

richtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [21]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [22]) sich ausdrückt, gleichsam das *extremum in iurisdictione*, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Das imperium konnte zwar mit der Jurisdiction verbunden seyn, allein deswegen war es doch von der Jurisdiction ganz verschieden.

V) Rechtliche Geschäfte ausser einem Rechtsstreite, sie mochten von einer Obrigkeit selbst vorgenommen werden müssen, wie z. B. die Bevormundung der Unmündigen, oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. die Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction [23]).

21) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Observat. lib. III. cap. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* UHLIO *editis* Vol. IV. p. 133. *Os.* AURELIUS in Variant. Cujacii interpretat. Dispunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. sing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

22) *L. un. §. 1. D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non est exsequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, sed sententia.*

23) ULPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque *imperii* est, neque *iurisdictionis*: sed ei *soli* competit, cui *nominatim* hoc dedit vel *Lex*, vel *Senatusconsultum*, vel *Princeps*.

Die Befugniß zur Vornahme solcher Rechtshandlungen hatte ihren eigenthümlichen Grund in einem besondern Gesetz, oder einem Senatsschluße oder einer kaiserlichen Verordnung, und stand daher keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu. Man unterschied dieses Recht auch durch die eigene Benennung: *Legis actio* von der Jurisdiction [24]), und sahe es so wenig als einen Zweig der Gerichtsbarkeit an, daß ein Magistrat die Jurisdiction ohne *legis actio*, und diese ohne jene haben konnte. Z. B. die aediles curules hatten Jurisdiction, aber keine legis actionem. Denn man findet nicht, daß Manumissionen, Adoptionen oder Emancipationen vor ihnen geschehen wären [25]). So hatten ferner die Proconsuln die legis actionem gleich außer der Stadt Rom, die Jurisdiction aber erst in der ihnen angewiesenen Provinz [26]). Von einem solchen Magistrat, welcher zur Vornahme oder Bestätigung jener willkührlichen Rechtshandlungen Kraft einer besondern gesetzlichen Verordnung authorisirt war, sagte man daher, *apud eum est legis actio* [27]), oder *habet legis actionem.*

24) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae 1747.* §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. §. XI.

25) S. Höpfners Abhandl. von den legis actionibus und actibus legitimis §. 5. Not. 5. hinter seinem Commentar über die Heinecc. Institutionen S. 1179. (Frankfurt a. M. 1803.)

26) *L. 1. L. 2. L. 4. §. 6. D. de offic. Proconf.*

27) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconf. L. 1. D. de offic. Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

nem [28]). Ganz unrichtig ist es daher, wenn Ritter [29]) glaubt, daß Legis actio soviel als iurisdictio sey, welches deßhalb schon Höpfner [30]) widerlegt hat.

VI) Die eigentliche Jurisdiction erstreckte sich auch nicht auf Untersuchungen peinlicher Fälle. Diese nannten die Römer *quaestiones*, oder *cognitiones criminales*, auch *iudicia publica* [31]). Für diese wurden, seit der Einführung der quaestionum perpetuarum im Jahr der Erbauung Roms 605, gewisse Magistrate bestellet, welche man *Quaesitores* oder *Praetores quaestionum* nannte, und denen vermittelst besonderer Comitialgesetze, (z. B. Lex L. Pisonis de pecuniis repetundis, ferner Leges Corneliae de falso, de sicariis et parricidio, Leges Iuliae de adulteriis, de vi, u. s. w.) die Gewalt, über gewisse bestimmte Criminalfälle, so oft sie vorkamen, Untersuchung anzustellen, und darüber zu richten, ein für allemal übertragen wurde. Eine solche Gewalt in peinlichen Fällen, vermöge welcher ein magistratus Verbrecher sogar am Leben

28) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV.* §. 4. apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

29) in Observat. ad HEINECCII histor. iuris Lib. I. Cap. III. §. 46. pag. 94.

30) a. a. O.

31) Hier vergleiche man vorzüglich ERNESTI Clavis Ciceron. v. *Quaestio.* *Lud. Godofr.* MADIHN Vicissitudines cognitionum criminalium apud Romanos usque ad Caesarum tempora. *Halae* 1772. §. XI. sqq. und *Frid.* SAXE Disp. de ordine iudiciorum publicorum apud Romanos. *Trajecti ad Rhenum* 1784. Cap. I.

den strafen konnte, hieß *potestas gladii*, oder *imperium merum* [32]), und stand einer obrigkeitlichen Person nur vermöge einer besondern Concession zu, konnte auch nicht, wie Iurisdictio, mandirt, d. i. jemand anders überlassen werden. Hierher gehören folgende Stellen. ULPIANUS *lib.* 2. *de officio Quaestoris* [33]). Imperium aut merum aut mixtum est. *Merum* est *imperium*, habere *gladii potestatem* ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *Potestas* appellatur. *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio inest etc. Der Unterschied zwischen Jurisdiction und *Imperium merum* ist hier ganz evident. Ferner PAPINIANUS *lib. I. Quaestionum* [34]): Quaecunque specialiter Lege vel Senatusconsulto vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero *iure magistratus* competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare *Magistratus*, qui cum *publici iudicii habeant exercitionem*, *Lege vel Senatusconsulto delegatam* (veluti Legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) iurisdictionem suam mandant. — Verius est enim, more maiorum *iurisdictionem* quidem transferri; sed *merum imperium*, quod Lege datur,

32) Daß das imperium merum auch geringere Strafen begriff, ist ausser Zweifel. Man vergleiche nur den *Tit. Dig. de poenis*, und MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 2. besonders auch AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. I. cap. I. n. 16 — 18. Allein auf Lebensstrafen mußte es sich erstrecken, denn dieß zeigt eigentlich die *gladii potestas* an. S. CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. III. cap. 17.

33) *L. 3. D. de iurisdict.*

34) *L. 1. D. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* Add. *L. 6. pr. D. de offic. Procons. et legati.*

datur, non posse transire. Quare nemo dicit, *animadversionem* Legatum Proconsulis habere mandata *iurisdictione*. Von diesem imperio mero wird bey dem §. 187. noch ein mehreres vorkommen.

So richtig nun der angegebene römische Begriff von *iurisdictio* aus der Natur der Sache abgeleitet war, nach welcher nur das Prädicat der öffentlichen Befugniß, über streitige Rechte nach den Gesetzen zu entscheiden, Gerichtsbarkeit genennt wird [35]); so nahmen doch die Römer das Wort *iurisdictio* auch noch

B) in einer ausgedehnteren Bedeutung für den Umfang aller obrigkeitlichen Gewalt, sie mochte einem Magistrate vermöge des Amts oder aus einer besondern Concession der Gesetze zustehen, sie mochte die Untersuchung und Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, oder peinliche Untersuchungen und Strafen, oder die Bestätigung nichtstreitiger Rechtshandlungen, oder das Vollstreckungsrecht betreffen [36]). In Beziehung auf diese ausgedehntere Bedeutung sagt daher der nämliche Ulpian, welcher *L. 6. §. 2. D. de tutelis* und *L. 3. D. de off. Proconf.* ausdrücklich die Bevormundung der Unmündigen und Adoption von der eigentlichen Jurisdiction ausnahm, und zur *legis actio* rechnete, welcher ferner *L. 26. D. ad municipalem* sagt, daß Einsetzungen in den Besitz und vori-

35) F. X. Kräll Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 1. B. (Landshut 1802. 8.) Nr. I. §. 4. ff.

36) Vid. NOODT de iurisdict. et imperio lib. I. c. 1. und QUINTANADUEÑAS in Tr. de iurisd. et imperio lib. I. Tit. 2. n. 4.

vorigen Stand mehr zum *imperium* als zur Jurisdiction gehörten; eben dieser Ulpian sagt L. 1. D. *de iurisd.* IUS DICENTIS officium latissimum est: nam et *bonorum possessionem dare* potest, et *in possessionem mittere*, pupillis non habentibus *tutores constituere*, *iudices litigantibus dare*. Eben so *L. 7. §. 2. D. de offic. Procons.* Cum *plenissimam iurisdictionem* Proconsul habeat, *omnium partes*, qui Romae vel quasi *Magistratus*, vel *extra ordinem ius dicunt*, ad ipsum pertinent. Kein Wunder, wenn deswegen in unsern Gesetzen zuweilen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben wird. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden *L. 26. D. ad municipalem* zum Imperium gerechnet; *L. 4. §. 3. D. de damno infect. L. 1. §. 10. D. de postul.* und *L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr.* aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [37]). Nicht minder wird in jener weitläufigen Bedeutung dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der *iurisdictioni voluntariae* [38]), so wie die Unter-

37) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

38) *L. 2. et 3. D. de offic. Procons.* Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*; sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce *manumitti* apud eos possunt tam *liberi*, quam *servi*; et *adoptiones* fieri. Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L. 8. pr. et §. 18. D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L. 3. D. de postul.* und *L. 3. §. 5. D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen.

Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen, der *iurisdictioni criminali* zugeeignet [39]). Ein Hauptgrund, warum man den Ausdruck *iurisdictio* gegen seine Eigenthümlichkeit so weit ausdehnte, war unstreitig der Umstand, daß zuweilen die nämliche öffentliche Person, welche die eigentliche Gerichtsbarkeit ausübte, auch alle einzelne Zweige der ausübenden Polizeygewalt, zu denen auch die Bestätigung der unstreitigen bürgerlichen Rechtshandlungen, bey denen der öffentliche Glaube nothwendig ist, ohne Zweifel gehört, auf sich hatte [40]). Man betrachtete also, durch diese Ansicht verführt, den ganzen Umfang der Amtsgewalt, welche eine solche obrigkeitliche Person ausübte, gleichsam als ein aus einem Grunde hervorgehendes Ganzes, und fand nicht gleich einen nähern Titel, als die ihr verliehene Jurisdiction [41]).

§. 185.

Begriff der teutschen Gerichtsbarkeit, und Unterschied derselben von der römischen.

Daß mit der Aufnahme des Römischen Rechts in Teutschland auch der ausgedehntere Begriff von Gerichtsbarkeit auf Teutschland übergieng, ist eine anerkannte Sache. Sey es nun, daß Trennung der in diesen Begriff eingemischten

gen. Eben dieses bestätigt auch die *L. 3. C. de confirm. tutore*, wenn man statt der gemeinen Leseart mit Russard liefet: *alii ab eo, cuius iurisdictio est, dati sunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. I.

39) *L. 2. Cod. de Veteranis, L. 2. Cod. de privileg. scholar.*

40) *L. 10. 11. et 12. D. de off. Praesid. Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 414. sqq.

41) S. Krull ungeführte Prüfung Nr. I. §. 11.

ten fremdartigen Theile, d. i. Trennung der darin vermischten vollziehenden, polizey- und rechtsprechenden Gewalt bey dem Mangel an Cultur des allgemeinen Staatsrechts zu der Zeit nicht möglich war, wo besonders nach errichtetem allgemeinen Landfrieden die Gerichtsverfassung in allen Theilen des teutschen Reichs eine grössere Consistenz erhielt; so war doch auch bey der grossen Begünstigung der richterlichen Gewalt nicht wohl zu erwarten, daß durch die Reichsgesetze darin eine Abänderung getroffen werde, was einmahl als eine Befugniß des Richters gesetzlich anerkannt war [42]). Es unterscheidet sich jedoch die teutsche Gerichtsbarkeit [43]) in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn

1) ist heutigen Tages nicht alle Gerichtsbarkeit eine blosse Amtsgerichtsbarkeit, sondern sie kann auch eben sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen seyn, welchem sie zustehet; ja sie kann mit dem Besitz eines Grundstücks verknüpft seyn, und daher jedem Besitzer desselben zustehen. Es giebt daher heutzutage auch eine Patrimonial-

42) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes. 2. Band S. 30. ff.

43) Ueber die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Tob.* PAURMEISTER de iurisdictione Imp. rom. *Hanoverae* 1608. 4. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769. u. 1771. 4.

nialgerichtsbarkeit, dahingegen nach dem Römischen Rechte alle Gerichtsbarkeit eine bloß persönliche ist, welche der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand.

2) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [44]), d. i. die Anwendung der zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse nöthigen Zwangsmittel, und was die Römer zum imperio einer Magistratsperson rechneten [45]).

3) Gehört nach der heutigen Gerichtsverfassung dasjenige ordentlicher Weise zu jeder bürgerlichen Gerichtsbarkeit, und bedarf keiner besondern Concession, was die Römer zur *legis actio* rechneten, und einer römischen Magistratsperson vermöge ihres Amts nicht zustand, sondern wozu sie nur vermöge einer besondern gesetzlichen Verordnung berechtiget war [46]). So kann nach teutschen Rechten ein jeder

44) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 2. Band. (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

45) Vid. PUFFENDORF de iurisd. germ. P. I. Cap. I. §. 2. et II. Cap. III. §. 2. Gönner a. a. O. S. 54.

46) THOMASIUS in Scholiis ad *Huberi* Praelection. ad Dig. Tit. de Iurisdict. §. 4. sagt: *Moribus Germaniae, secundum quos Iurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quae olim speciali lege concedebantur, Magistratui iure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, decreti interpositio omni illi competit, qui ordinariam Iurisdictionem*

der ordentlicher Richter, welcher Jurisdiction hat, vermöge derselben Vormünder bestellen, und andere nichtstreitige Privatrechtshandlungen bestätigen [47]). Man nennt diese Macht des Richters, nichtstreitige Rechtshandlungen vorzunehmen, oder zu bekräftigen, und ihnen auf diese Weise Gültigkeit oder öffentlichen Glauben zu geben, die willkührliche Gerichtsbarkeit, und diese macht heut zu Tage einen Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus [48]). Jedoch ist auch in Teutschland die peinliche Gewalt in der Jurisdiction der Regel nach nicht begriffen, sondern hängt von besonderer Concession ab [49]). Endlich

4) ist es heutiges Tages auch eine bekannte Sache, daß kein richterliches Amt an sich mehr mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden ist, wie zur Zeit der römischen Prätoren, indem vielmehr alle gesetzgebende Macht in den Händen des Landesfürsten sich befindet. Kein Richter ist demnach befugt, ein neues Recht einzuführen, sondern vielmehr schuldig, nach den Gesetzen zu sprechen.

Es

nem habet, quod in specie, quoad tutoris dationem, approbatum per Ordin. Polit. de Ann. 1548. Tit. 31. §. 1. Add. STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 21. et *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. IV.

47) PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 11. sqq. pag. 523. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 66.

48) *Pet.* MÜLLER ad Struvium h. t. Th. LXXI. not. a. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 7. und Claproth in der theoret. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 13. auch Ebenderselbe im ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 15. not. e.

49) MALBLANC c. l. pag. 131. Gönner a. a. O. S. 28.

Es ist also die heutige oder teutsche Gerichtsbarkeit, ein von der höchsten Gewalt im Staate verliehenes Recht, dessen Wirksamkeit darin besteht, nicht nur streitige Rechtssachen auf vorgängige Erörterung nach Vorschrift der Gesetze zu entscheiden, und die ausgesprochenen rechtlichen Erkenntnisse und Verfügungen mittelst äusserlichen Zwanges zu vollstrecken, sondern auch nichtstreitige Rechtshandlungen unter den einwilligenden Interessenten durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder denselben durch gerichtliche Bestätigung eine Gültigkeit zu verschaffen [50].

Noch ist zu bemerken, daß es Rechte giebt, welche zuweilen der teutschen Gerichtsbarkeit zu coexistiren pflegen, als das Abzugsrecht, das Recht, erblose Güter zu occupiren, das ius retorsionis, das Recht, besondere Steuern einzufordern rc. Allein diese Rechte gehören auf keine Weise zur teutschen Gerichtsbarkeit, und kommen daher keiner Gerichtsherrschaft, als solcher, zu, in sofern sie nicht besondere Privilegien, oder das Herkommen für sich haben sollte, wenn gleich verschiedene Rechtslehrer aus unrichtigen Be-

 griffen

50) Die angesehensten Rechtslehrer kommen in diesem Begriff mit einander überein. Man vergleiche SCHAUMBURG Compend. iuris Digestorum h. t. §. 8. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 1. MALBLANC Conspect. rei iud. §. 62. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 4197. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürg. Processes §. 25. u. a. m.

griffen des meri imperii bey den Römern das ganze Ius fisci dem Gerichtsherrn zueignen wollen [51]).

§. 186.

Erklärung des Worts *Notio.*

Wenn Ulpian *lib.* 59. *ad Edictum* [52]) sagt: Ait Praetor: *cuius de ea re* IURISDICTIO *est*, melius scripsisset: *cuius de ea re* NOTIO *est*. Etenim NOTIONIS nomen etiam ad eos pertinet, *qui* IURISDICTIONEM *non habent*, sed habent de quavis alia causa NOTIONEM; so erhellet aus dieser Bemerkung des Römischen Edictauslegers, daß *notio* und *iurisdictio* nicht gleichvielbedeutende Benennungen sind. Das Wort *notio* hat nämlich eine viel ausgedehntere Bedeutung als iurisdictio. Es wird darunter jede gerichtliche Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreits verstanden, die Sache sey eine Civil- oder Criminalsache [53]); und

51) Man vergleiche AYRER de iure occupandi bona vacantia. *G. L.* BOEHMER de iure fisci civitatum mediatar. Jargow Lehre von Regalien. 2. Buch. Kap. 6. §. 2. Meister im peinl. Proceß S. 506—518. Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 74. *Ge.* ENGELBRECHT de iurisdictione super. s. alta et inferiori s. bassa sec. mores Germanor. Sect. II. Membr. 1. §. 12. und der Verfasser der Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze S. 46.

52) *L. 5. pr. D. de re iudic.*

53) Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano T. I. pag. 415. *Io.* GOEDDAEUS in Comm. ad L. 99. D. de Verb. Signif. und *Ulr.* HUBER in Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

und wird nicht nur von obrigkeitlichen Personen gebraucht, welche die Jurisdiction hatten; denn so sagt Hermogenian [54]): Ex *omnibus causis*, de quibus Praefectus urbi vel Praefectus Praetorio, itemque Consules et Praetores caeterique Romae *cognoscunt*; Correctorum et Praesidum provinciarum est *notio*; sondern auch von solchen Richtern, die keine Jurisdiction hatten, sondern nur von einem Magistrate den Partheyen bestellet wurden, um einen bürgerlichen Rechtsstreit in Gemäßheit einer dazu erhaltenen Instruction (secundum formulam iudicii) zu untersuchen und zu entscheiden, welche man *iudices pedaneos* nannte [55]). Hierauf zielt Ulpian [56]), wenn er sagt: NOTIONEM accipere possumus et *cognitionem* et *iurisdictionem*. Denn das Wort *cognitio* bezieht sich, wie auch Govean [57]) bemerkt, auf die iudices pedaneos.

§. 187.

Was ist *imperium?* Eintheilung desselben in *merum* und *mixtum* bey den Römern. Erläuterung der *L. 3. D. de iurisdict.*

Daß nach dem heutigen ausgedehntern Begriffe von der Gerichtsbarkeit der Gerichtszwang oder das Vollstreckungsrecht der Regel nach ein Stück der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausmache, ist bereits (§. 185.) bemerkt worden. Denn was würden alle richterliche Erkenntnisse und

54) *L. 10. D. de Officio Praesid.* Eben so braucht Ulpian *L. 1. §. 4. D. de Officio praef. urbi* das Wort *notio* vom Praefectus urbi, welcher über Criminalsachen Recht sprach.

55) *L. 2. et L. 5. C. de pedan. iud.*

56) *L. 99. pr. D. de Verb. Signif.*

57) De iurisdictione Lib. II. n. 6.

Verfügungen helfen, wenn nicht der Richter das Ansehen derselben durch Zwang und Strafmittel zu vertheidigen im Stande wäre. Schon in den römischen Gesetzen wird daher gesagt: quod iurisdictio sine modica coercitione nulla (i. e. *sine effectu*) sit [58]). Demohngeachtet aber sahen doch die Römer den Gerichtszwang nicht für einen Theil der Jurisdiction an, sondern unterschieden ihn von derselben genau, und rechneten solchen zum *Imperium* eines magistratus. **Noodt** [59]) und **Westenberg** [60]) irren daher, wenn sie glauben, daß Iurisdictio und imperium nur den Namen nach unterschieden, in der That aber einerley gewesen. Die Gesetzstellen, die sie für sich anführen, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [61]). Zwar konnte das Imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [62]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Ge-

58) *L. ult. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.*

59) de iurisdict. et imperio lib. I. cap. 2.

60) in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. et 10.

61) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. *God. Lud.* MENCKEN Commentat. merum imperium iurisdictionem criminalem non esse. *Helmst. 1749.* pag. 13. sqq. und **Eichmanns** Erklärungen des bürgerlichen Rechts 4. Th. S. 324. not. d.

62) *L. 2. D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L. 1. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod *iurisdictioni* cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum *Imperium* gerechnet wurden [63]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [64]): Ea, quae magis *imperii* sunt, quam *iurisdictionis*, Magistratus municipalis facere non potest. *Magistratibus* igitur *municipalibus* non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn die Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [65]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [66]),

 allein

63) *L.* 4. *D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

64) *L.* 26. *D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L.* 4. viel Licht.

65) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit.* 5. *A.* §. 1.

66) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. AVERANIUS Interpretation. iuris

allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [67]), sondern er durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [68]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey höhern Staatsbedienten, welche more maiorum das imperium hatten, wie z. B. die Consuln, Prätoren, Präfecti, Präsides und Proconsuln der Provinzen [69]), weniger darauf ankam, ob man dieß oder jenes Amtsgeschäft zur Jurisdiction

iuris Lib. I. cap. 4. n. 25. sqq. und *Frid.* ROTH de re municipali Romanor. (*Stutgartiae* 1801. 8.) Lib. II. cap. 3. §. 20. et 21.

67) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L. 53. D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantum summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant, *L. 12. §. 1. D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42. et HEINECCIUS in Opusc. postum. p. 300. sq.

68) PAULUS *Sentent. Recept. lib. IV. Tit. 4. §. 2. L. 11. Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

69) *L. 2. D. de in ius voc.*

ction oder Imperium rechnen wollte [70]. Und nur dieß ist die Ursache, warum zuweilen die römischen Juristen Imperium und Iurisdictio für Eins zu halten scheinen [71].

Dieses vorausgesetzt, wollen wir nun das imperium magiſtratuum Romanorum und dessen Eintheilung in merum et mixtum, nach Anleitung unsers Verfassers, noch etwas genauer betrachten.

Imperium überhaupt hieß bey den Römern die dirigirende und executive Gewalt einer höhern Magiſtratsperson, vermöge welcher dieselbe nicht nur nach Maasgebung ihres Amts gebieten, und verbieten, sondern auch gegen Ungehorsame Zwangsmittel gebrauchen, und Verbrecher strafen konnte [72]. Es wird aber auch dieses Wort zuweilen für den Befehl einer Magiſtratsperson selbst genommen, welchem Folge geleistet werden muß [73]. Daß nur die höhern

 Staats-

70) S. MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 219. ſqq.

71) *L. 7. §. 14. D. de pact.* verglichen mit *L. 1. §. 9. D. de novi op. nunciat. L. 13. §. 4. D. ad SC. Treb. L. 7. in fin. L. 8. 9. pr. D. de off. Proc. L. 215. D. de V. S. L. 3. D. h. t.* vergl. mit *L. 12. §. 1. D. de iudic. L. 26. pr. §. 1. D. ad municipal.* vergl. mit *L. 16. §. ult. D. de minorib. §. 1. I. de adopt.* vergl. mit *L. 2. D. de off. Proc.*

72) *L. 14. et 53. D. de re iudic. L. 4. D. de recept. arbitr. L. 214. et 215. D. de Verb. Signif. L. 199. D. de Reg. Iur. L. 5. §. 1. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd. L. 13. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. 1. et 2. C. Si in cauſ. iudicati pignus capt. ſit.* Conf. *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. h. t. pag. 160. not. nn.

73) *L. 7. D. ne quid in loco publ. vel itinere fiat.*

Staatsbedienten ein eigentliches imperium gehabt, und dieses sich vorzüglich durch das Recht ausgezeichnet habe, zur Vollstreckung obrigkeitlicher Befehle Lictoren zu gebrauchen, und Ungehorsame ins Gefängniß führen zu lassen, bestätigen Ulpian [74]) und Gellius [75]). Geringere Magistrate, welche sine imperio waren, konnten zuweilen prehensionem haben, wie es Gellius [76]) nennt, aber niemals vocationem, denn sie hatten keine Lictoren, sondern nur viatores, oft auch nicht einmal diese [77]). Dieses Imperium

74) *L. 2. D. de in ius voc.* In ius vocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque caeteros Magistratus, qui *imperium* habent, qui coërcere aliquem possunt, et *iubere in carcerem duci.* Dahingegen sagt eben dieser Jurist *L. 32. D. de iniur.* Quod si ex *minoribus magistratibus* erit, id est, qui *sine imperio* aut *potestate* sunt magistratus: et in ipso magistratu posse eos conveniri.

75) *Noct. Attic. lib. XIII. cap. 12.* In Magistratu habent alii *vocationem*, alii *prehensionem*, alii neutrum. *Vocationem*, ut Consules et caeteri, *qui habent imperium. Prehensionem*, ut Tribuni plebis, et alii, qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehensionem, ut Quaestores, et caeteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem et prehendere, et tenere, et abducere possunt. Man vergleiche hier *Car.* SIGONIUS de antiquo iure provinciar. Lib. III. cap. 5. Tom. II. de antiq. iur. Pop. Rom. p. 291. edit. *Thomas.*

76) a. a. O.

77) Zur Erläuterung jener Stelle des Gellius will ich ein Paar Worte aus HEINECCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. syntagm. Lib. IV. Tit. 6. §. 5. hier anführen: VOCATIO *ius vocandi prehendendique absentes*, PREHENSIO *autem ius abducendi*

rium der römischen Magistratspersonen war nun entweder *merum* oder *mixtum*. Von beyden giebt Ulpian [78]) folgenden Begriff: *Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines [79]), quod etiam *Potestas* appellatur. *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Die Rechtsgelehrten haben bey Erklärung dieser Stelle viele Schwierigkeiten gefunden. Daher die Meinungen derselben darüber, was eigentlich unter dem imperio mero und mixto zu verstehen sey, sehr verschieden sind. Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart soll *merum imperium* eben dasjenige seyn, was wir heutiges Tages die Criminalgerichtsbarkeit nennen [80]). *Imperium*

cendi praesentes complectebatur. Unde, qui vocatione gaudebant, lictoribus, viatoribus, servisque publicis; qui prehensione duntaxat, ut tribuni plebis, viatoribus tantum cum servis publicis utebantur. Qui neutro iure fruebantur, veluti quaestores, ii servis tantum publicis stipati prodibant in publicum, et tunc non imperium, sed potestatem habere dicebantur. Conf. *Car.* SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. lib. I. cap. 20.

78) *L. 3. D. de iurisdict.*

79) Haloander will *in facinorosos homines* lesen, weil animadvertere aliquem nicht gut Latein sey. Ihn folgt auch BESTIUS de Ratione emendandi Leg. pag. 168. Allein die gemeine Leseart vertheidigen BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VIII. cap. 25. num. 5. und MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 215.

80) S. NOODT de iurisd. et imp. Lib. I. cap. 4. GEBAUER de iurisdict. Cap. I. §. 4. et 5. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 11. sqq. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Io. Phil.* HAHN Opinion. iurid. Class. I. Opin. 10.

Ossius

perium mixtum hingegen bestehe in dem Rechte einer Magistratsperson, welche die Jurisdiction hat, ihre Sentenzen und Amtsaussprüche zu vollstrecken [81]). Diese Begriffe nimmt auch unser Verf. an, welcher am Ende dieses §. ausdrücklich sagt: *Merum imperium* idem est, quod hodie *iurisdictionem criminalem* vocamus. Allein diese Meinung hat schon **Mencken** [82]) so gründlich widerlegt, daß man sich wundern muß, wie unser Verf. ihr noch beystimmen konnte. Andere [83]) behaupten daher, daß das Recht, Verbrecher zu strafen, nur ein Stück oder Wirkung des *imperii meri* gewesen, nicht daß das ganze merum imperium darin bestanden habe, so wie das Recht, Sentenzen in Civilsachen zu vollstrecken, ebenfalls nur ein Stück des *imperii mixti* gewesen, nicht aber das Ganze darinn bestanden habe. **Johann Lüder Albrecht** [84]) unterscheidet ein dreyfaches imperium, nämlich *summum*, *merum* und *mixtum*. SUMMUM, sagt er, est *summa in imperio potestas cum iure gladii*. Ein solches hätten die Praefecti Praetorio,

Osius AURELIUS Tr. de variant. Cujacii interpretat. Disp. 3. bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. III. p. 699. *Pet.* MARTRESIUS in aliquot ICtor. responsa not. cap. 3. bey MEERMANN in *Thes. iur. Rom. et Canon.* T. VI. p. 724. u. a. m.

81) COCCEJI c. l. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad Eundem, not. nn. pag. 160.

82) Pr. merum imperium iurisdictionem crim. non esse, in *Opusculis* Halae 1770. 8. Nr. XIV. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. n. 2. pag. 174. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 328.

83) S. Höpfner im Commentar über die Institutionen des Heineccius. §. 1235.

84) in Disp. de mero imperio. *Lipsiae* 1751. §. VIII. sqq.

rio, und der Praefectus urbi gehabt. MERUM hingegen sey *summa in provincia potestas cum iure gladii coniuncta*; dergleichen die Proconsules und Praesides gehabt. Zur Erläuterung der Idee des Ulpians macht er zwey sehr feine Bemerkungen. a) Ulpian sage nicht: *Merum imperium* est gladii potestas, sondern: est *habere* gladii potestatem. Denn das Wort *habere* werde von einer solchen Gewalt gesagt, die durch eine besondere Concession ertheilet worden sey. Daß Ulpian diese Idee wirklich gehabt, gebe er *libro I. de officio Proconsulis* an zwey Orten deutlich zu erkennen, wo er die potestatem gladii des Proconsuls eine potestatem *datam* nennt[85]. b) Ulpian habe das merum imperium nicht materialiter durch gladii potestatem beschreiben wollen, gleichsam als wenn darinn das merum imperium nur allein bestehe, daß eine solche Magistratsperson, welcher dasselbe übertragen worden, habe am Leben strafen können. Nein, sondern er nenne es eine potestatem gladii von dem Symbol, mittelst welchen diese Gewalt vom Kaiser pflegte ertheilet zu werden. Eine Meinung, die auch schon *Iac.* GOTHOFREDUS gehabt[86]. Der Sinn von Ulpians Begriff sey also dieser: *Merum imperium* est beneficio et gladio tradito data potestas, ut facinorosi homines etiam ultimo supplicio animadverti possint. Endlich das *imperium* MIXTUM hält er für die Jurisdiction selbst, und behauptet, daß diese Benennung von den römischen Rechtsgelehrten sey erfunden worden, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der Notio der

Muni-

85) *L. 6. pr. D. de off. Proconf. L. 70. D. de Reg. Iur.*

86) in Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. ne fine iussu Princip. certis iudicib. liceat confiscare. Tom. III. lib. IX. Tit. 41.

Municipalobrigkeiten zu unterscheiden, welche mit keinem eigentlichen imperio verknüpft war, sondern von besondern Aufträgen des Präses in der Provinz abhieng [87]. Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, weil dadurch diese ohnedem schon dunkle Materie nur noch ungewisser und zweifelhafter gemacht wird.

Mich dünkt, daß noch immer diejenigen die sicherste Bahn betreten haben, welche sich an die Worte Ulpians halten, und unter dem IMPERIUM MIXTUM eine solche obrigkeitliche Gewalt verstehen, welche mit der Jurisdiction verknüpft war, und die der Obrigkeit, welche die Gerichtsbarkeit hatte, zur Handhabung derselben, iure magistratus zustand; IMPERIUM MERUM aber von einer solchen Gewalt erklären, welche mit keiner Jurisdiction vermischt war, sondern durch ein ausdrückliches Gesetz verliehen werden mußte, vermittelst welcher ein Magistrat gegen Verbrecher Strafen aller Art, ja sogar Todesstrafen konnte vollziehen lassen [88]. Beydes war auf eine

87) *L. 4. §. 3. D. de damno infecto.* Duas ergo res Magistratibus municipalibus Praetor vel Praeses iniunxit, cautionem et possessionem: caetera suae iurisdictioni reservavit.

88) Conf. CUJACIUS Observat. lib. XXI. cap. 30. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 53. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. Tom. I. ad h. L. 3. D. de iurisdict. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. [illegible] HUBER in Praelectionib. iuris Rom. P. II. h. t. de imperio pag. 85. sqq. besonders MENCKEN in Pr. cit. und *Gottfr. Henr.* BOETTCHER in Commentat. Quae sint origines et fundamenta distinctionis inter iurisdictionem contentiosam et voluntariam. *Hannoverae* 1799. 8. Cap. II. pag. 16. sqq.

eine doppelte Art unterschieden. Erstens das *imperium mixtum* übte die Obrigkeit, welche die Jurisdiction hatte, suo iure aus, sie war eine Gewalt, welche, wie Papinian [89]) sich ausdrückt, der Jurisdiction cohärirte; übertrug daher eine höhere Obrigkeit ihre Jurisdiction einer andern, so gieng auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter über, so weit es sich die Obrigkeit nicht vorbehielt. Allein das *imperium merum* war von der Jurisdiction ganz abgesondert, und bestand für sich. Es hieng immer von besonderer Concession ab, und durfte daher von der Obrigkeit, der es war verliehen worden, keinem andern aufgetragen werden [90]). Es war Sitte der römischen Kaiser, ein solches imperium durch das Symbol eines Schwerds zu ertheilen [91]). Den Nachrichten

89) *L. 1. in fin. D. de off. eius, cui mand. e. iurisdict.* Imperium, *quod iurisdictioni cohaeret*, mandata iurisdictione transire verius est.

90) *L. 6. pr. D. de off. Proc. L. 1. §. 1. D. de off. eius, cui mand. est iurisd. L. 70. D. de div. reg. iur.*

91) STATIUS lib. V. *Sylvar.* cap. 2. *ad Crispinum* v. 176. wo es heißt:

Felix, qui magno iam nunc sub PRAESIDE *iuras*,
CUIQUE sacer primum TRADIT Germanicus ENSEM:

d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. ne sine iussu Princip. certis iudicibus liceat confiscare. Tom. III. pag. 351. richtig erklärt, *iturum in Provinciam Praesidem sub Caesare iurasse, eique gladium traditum ad animadvertendum in facinorosos homines.* Add. GREGORIUS NAZIANZENUS Epist. 65. *ad Africanum Provinc. Rector.* Praeses, sive incruentum gerat imperium, ut nos, sive id, quod gladium et ferrum iunctum habet. Conf. PANCIROLLUS variar. lection. iuris

richten des Dio Cassius [92]) zufolge durften daher nur solche Obrigkeiten einen Degen tragen, denen das Recht über Leben und Tod zustand, andere nicht; und ihre Chargen hießen *honores iuris gladii* [93]). Befahl der Kaiser einer solchen obrigkeitlichen Person, den Degen abzulegen, so war dieß ein Zeichen ihrer Cassation [94]). Zweytens das *imperium mixtum* zeigte sich hauptsächlich in Civilsachen wirksam. Für dieses gehörten Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand [95]), Cautionsleistungen [96]), Vollstreckung aller Rechtssprüche, die aus obrigkeitlicher Gewalt geschahen, und der rechtskräftigen Entscheidungen anderer Richter [97]), Verfügung leichter Strafen gegen Ungehorsame, so wie sie der Gerichtszwang erforderte, Geld- [98]) oder

iuris utriusq. Lib. I. cap. 11. vorzüglich aber *Iof.* AVERANIUS cit. loc. n. 10. et fqq. deßgleichen *Ulr.* HUBER in praelectionib. iur. Rom. h. t. *de imperio* §. 4. pag. 88. und *Ev.* OTTO de Aedilib. Coloniar. et Municipior. Cap. XIII. pag. 458.

92) *Hiftor. Rom.* Lib. 53. Vid. AVERANIUS c. l. n. 10. p. 3.

93) LAMPRIDIUS in *Alexandro Severo* cap. 49. Honores iuris gladii nunquam vendi paffus eft.

94) PLUTARCHUS in *Galba:* Τιγελλίνῳ, τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, Tigellino collegae imperavit, ut gladium deponeret.

95) *L. 4. D. de iurisd. L. 4. §. 1. D. de off. eius, cui mand. eft iurisdict. L. 26. D. ad Municipalem.*

96) *L. 4. D. de damno inf. L. 4. §. 1. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd.*

97) *L. 15. D. de re iudicata.*

98) *L. un. D. Si quis ius dicenti non obtemperav. L. 131. §. 1. D. de Verbor. fignif.* Schon Lex Atteria Tarpeia vom Jahr der

oder Gefängnißstrafen [99]), ausser der Ordnung auch Bestrafung geringer Vergehungen, so weit die Cognition derselben vor den Civilrichter gezogen werden konnte [100]). Dem *imperio mero* hingegen waren alle peinliche Strafen vorbehalten, vorzüglich aber Lebensstrafen [1]). Die Obrigkeit, welche das imperium merum hatte, cognoscirte jedoch nicht selbst, sondern mußte die Untersuchung andern Richtern (*Iudices quaestionum*) überlassen [2]). Sie selbst war eigentlich nur Präsident des peinlichen Gerichts, dirigirte den Cri-

der Erb. Roms 300. gab den Magistratspersonen das Recht, den Verächtern ihres Ansehens Geldbusen aufzulegen. DIONYS. Lib. X. *Antiquitat. Rom.* cap. 50.

99) *L. 2. pr. D. de in ius voc.*

100) *L. 4. pr. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd. L. 1. §. 4 D. de aleator.* POLLETUS in Histor. fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 524. *de* BOEHMER in Meditat. in Const. Crim. Car. Art. X. §. 2. pag. 60. Diesem sind die *L. 8. §. 9. L. 35. D. L. 6. et 23. Cod. de poenis* nicht entgegen, denn darinn wird blos die Verurtheilung zu einem ewigen Gefängniß verboten. S. *Ant.* MATTHAEI de Criminibus ad lib. XLVIII. Tit. 18. Dig. de poenis n. 13. pag. 764.

1) *L. 6. §. 8. D. de off. Praesid. L. 6. §. 2. D. de poenis.* In der *L. 1. C. Qui non poss. ad libert. pervenire* wird es daher eine coercendorum maleficiorum potestas genennt. Das imperium merum enthielt auch einen Theil der Policeygewalt. S. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 63. not. e. pag. 124.

2) Daher gab es magistratus bey den Römern, die gar keine Jurisdiction hatten, sondern blos ein merum imperium, vermöge dessen sie die von andern erkannten peinlichen und Todesstrafen an den Verbrecher konnten vollziehen lassen, wie z. B. die Triumviri capitales. *L. 2. §. 30. D. de Orig. iur.* VALERIUS MAX. V. 4. Man vergleiche hier vorzüglich *Lud. Cod.*

Criminalproceß, und ertheilte sodann die Befehle zur Vollstreckung der dem Verbrecher zuerkannten peinlichen Strafe[3]).

Uebrigens muß ich noch anmerken, daß das imperium merum nicht bey allen Obrigkeiten, denen solches zustand, von einerley Umfange war. Man sollte zwar denken, wer Todesstrafen zu verfügen berechtiget ist, muß, auch wohl geringere auflegen dürfen. Allein der Schluß a maiori ad minus galt hier nicht. Alles kam auf die legem concessionis an. So z. B. war das merum imperium des Präses einer Provinz nicht von demjenigen Umfange, wie dasjenige, welches der Praefectus urbi, und die Praefecti praetorio ausübten. Denn diese letztern hatten das Recht der Einziehung der Güter, und der Deportation[4]); die

God. MADIHN Vicissitudines cognition. criminal. apud Rom. usq. ad Caesarum tempora §. XV. et XVI.

3) Eine Stelle aus POLLETI Histor. for. Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. sqq. wird dieses am besten erläutern können: *Sunt multi*, sagt dieser gelehrte Alterthumsforscher, *qui cum cognoscendi et disquirendi potestatem habeant*, IMPERIUM *tamen non habent, ut sunt* IUDICES *in publicis quaestionibus Praetore praesidente: nam ut cognoscunt, sententiamque tabella conceptam ferunt tantum, ita* PRAETOR *in iisdem iudiciis nullam iurisdictionem habet, sed* MERUM *nudumque* IMPERIUM, *ut numerum Iudicum ineat, sortes ducat, Iudices citet, contumaces mulctet, tempora clepsydrarum praescribat, Iudices in consilium mittat, sortes eductas numeret, et collato numero pro maiore pronunciet, quae plane* MERI *sunt* IMPERII, *et a iurisdictione seiuncti.* Man vergleiche auch MALBLANC Conspect. rei iudiciariae §. 16.

4) *L. 1. §. 3. D. de Offic. praef. urbi. L. un. Cod. Theod. ne sine iussu Principis certis iudicibus liceat confiscare. L. 2. §. 1. D. de poenis.*

die Praesides hingegen, ob sie gleich das ius gladii hatten, durften dennoch ohne besondere Genehmigung des Kaisers weder eine Deportation noch Confiscation verfügen [5]). Ein Umstand, der auf die Gültigkeit des Testaments eines verurtheilten Bürgers einen wichtigen Einfluß hatte. Denn wenn das Urtheil noch einer Bestätigung des Kaisers bedurfte, so gieng die Wirkung desselben erst von Zeit der Bestätigung an. Starb daher der Verurtheilte noch vor erfolgter Bestätigung, so war sein Testament oder Vermächtniß noch gültig [6]). Auch im Verhältniß gegen die Praetores quaestionum war die Criminalgewalt der Praefectorum viel uneingeschränkter [7]). Denn jene waren an die Strafe der Gesetze gebunden; von ihnen galt, was Papinian [8]) sagt: *Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis;*

5) *L. un. Cod. Th. cit. L. 6. §. 1. D. de Interdict. et relegat.* Den Grund hiervon untersucht *Ios.* FINESTRES in Hermogen. T. I. pag. 423. Man sehe auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. un. Cod. Theod. cit. Tom. III. p. 351. edit. *Ritter.*

6) *L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupt. irrito testam. L. 1. §. 3. et 4. D. de legat. 3.* Vergl. Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 890. S. 664. und Desselben hermenevt. systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. 2. Kap. §. 28. S. 30.

7) Von dem Unterschiede der Prätoren und Praefectorum in Ansehung der ihnen zustehenden Criminalgewalt handelt sehr ausführlich *Ant.* SCHULTING in Dissertat. de Recusatione iudicis. Cap. VII. §. 3. (in EIUSDEM *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. editis Vol. I. pag. 100.)

8) *L. 1. §. 4. D. ad SCtum Turpill. L. 15. pr. D. ad municipalem.* Paulus schrieb daher noch zu seiner Zeit ein ganzes Buch *de poenis omnium Legum,* woraus *L. 2. D. ad SCtum Tur-*

tis; poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed Legis auctoritati reservatur[9]). Allein die Praefecti urbi und praetorio durften aus wichtigen Ursachen von der Strafe der Gesetze abweichen, und eine andere, entweder härtere oder gelindere Strafe verfügen, nachdem es die Umstände mit sich brachten. Von diesen ist Ulpian[10]) zu verstehen, wenn er sagt: *Hodie*[11]) *licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult, sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem: ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.*

§. 188.

Bestandtheile der heutigen Gerichtsbarkeit. Vollkommene und unvollkommene Gerichtsbarkeit.

Da heut zu Tage das Vollstreckungsrecht in der Regel einen Theil der Gerichtsbarkeit ausmacht, so enthält die Gerichts-

Turpill. und *L. ult. D. de L. Pompeia de parricid.* genommen sind.

9) Auf diese Praetores quaestionum beziehen sich auch die Worte des Paulus *L. 8. D. de publicis iudic.* Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, *durante tamen poena Legum*, cum extra ordinem crimina probantur.

10) *L. 13. D. de poenis.*

11) Ulpian schrieb dieses unter Antoninus Caracalla. Denn an einem andern Orte nennt er diesen Kaiser Imperatorem nostrum Antoninum, L. 5. §. 3. *D. de appellat. recip. vel non*, welche Stelle ebenfalls, wie die angeführte *L. 13. D. de poen.* aus Desselben Büchern *de Appellationibus* genommen ist. Daß Ulpian unter dem Imperatore ANTONINO, den er *nostrum* nennt, keinen andern als den Antoninus Caracalla verstanden habe, haben schon längst BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Antoninus Imp.* und *Ez.* SPANHEMIUS in Orbe Rom. Exercit. II. cap. 4. erwiesen.

Gerichtsbarkeit, in sofern sie sich mit streitigen Sachen beschäftiget, eigentlich drey Stücke:

1) das Recht, den streitigen Fall zu untersuchen, d. i. an demselben die Merkmale der gesetzlichen Voraussetzung aufzusuchen.

2) Das Recht zu entscheiden, d. i. durch richterlichen Ausspruch zu bestimmen, was nach den Gesetzen in dem gegebenen Falle geschehen oder nicht geschehen soll, oder zu erklären, ob und in wiefern das bestrittene Recht der Partheyen vom Staat als aufrecht zu erhalten anerkannt werden kann.

3) Das Recht, die Sentenz zu vollstrecken, d. i. den Verurtheilten durch Zwangsmittel zu dem anzuhalten, was das Erkenntniß des Richters von ihm fordert.

Die teutsche Gerichtsbarkeit hat jedoch das besondere, daß zuweilen nicht alles, was der Regel nach zu ihr gehört, dem nämlichen Richter zusteht. Zuweilen hat ein Richter nur die Cognition und Decision, aber nicht die Execution, diese muß er einem andern Richter überlassen; zuweilen kommt ihm nur die Cognition und nicht die Entscheidung zu [12]. Eine solche unvollständige Gerichtsbarkeit ist jedoch immer nur eine Ausnahme von der Regel, und wird daher im Zweifel nicht vermuthet. Es ist vielmehr so lange zu glauben, daß alle Gerichtsbarkeit vollkommen sey, und diejenigen Stücke in sich fasse, welche vermöge des Begriffs zu ihr gehören, bis nicht aus den Gesetzen, oder Gewohn-

 heiten,

12) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. et 10. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 30. Gönner Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. B. S. 54.

heiten, oder der Art der Concession, oder Verträgen ein anders erhellet [13]).

§. 189.

Einige allgemeine Grundsätze von der Gerichtsbarkeit.

Nach Entwickelung des Begriffs von der Gerichtsbarkeit, wollen wir nunmehr nach Anleitung unsers Verfassers einige allgemeine Grundsätze von derselben vortragen.

I) Alle Gerichtsbarkeit, man betrachte sie entweder nach römischer oder teutscher Verfassung, ist als ein Ausfluß der höchsten Gewalt anzusehen, und Niemand darf sich derselben anmassen, der solche nicht entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Verwilligung des Regenten erhalten hat [14]).

So wenig dieser Satz nach dem römischen Rechte einem gegründeten Widerspruche ausgesetzt seyn dürfte [15]); so viel Bedenklichkeit finden einige neuere Rechtsgelehrten dabey in Absicht der teutschen Verfassung. Sie glauben, man werde in unauflößliche Schwierigkeiten verwickelt, wenn man in unserm teutschen Väterlande die höchste Gewalt für die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit annehmen wollte. Man will

13) STRYK Us. mod. h. t. §. 7. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 5. p. 521. Lobethans Lehre von der Gerichtsbarkeit 2. Abschn. §. 1. not. b. S. 18.

14) PÜTTER Institut. iuris publici §. 287. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Th. §. 287.

15) *L. 3. C. h. t.* Die *L. 3. D. ad L. Iul. maiestat.* betrachtet die eigenmächtige Anmaßung der Gerichtsbarkeit als ein crimen laesae maiestatis. S. ZIEGLER Dicastice Concl. X. §. 13.

will daher vielmehr die heutige Gerichtsbarkeit aus einer doppelten Quelle herleiten, erstens aus dem Rechte der Oberherrschaft, und zweytens aus dem Rechte des freyen Eigenthums [16]). Aus letzterm sollen die Eigengerichte entstanden seyn, welche das Recht enthielten, sein Eigenthum zu handhaben, die dazu gehörige Dienstpflichtige und Leibeigene zu ihrer Gebühr, auch mit Zwange, anzuhalten, zu pfänden, zu besetzen, und zu entsetzen.

Allein, mich dünkt, man verwechselt hier Dienstzwang des Eigenthumsherrn, wovon ich an einem andern Orte dieses Commentars [17]) gehandelt habe, mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit. Ein Gedanke, den auch schon der verstorbene Canzler von Selchow [18]) gehabt hat. Die Geschichte der teutschen Gerichtsverfassung lehrt zum wenigsten auf eine unwidersprechliche Art, daß vor Entstehung der Landeshoheit der Grundsatz in Teutschland allgemein

 herr-

16) Diese doppelte Quelle der teutschen Gerichtsbarkeit nehmen vorzüglich an Kopp in der ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen, 1. Theil 3. Stück 6. Abth. §. 275. S. 349. ff. Freyh. v. Senkenberg in der Abh. von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit in Teutschland §. 1. u. 2. SCHILTER und MEINDERS de curiis dominicalibus; ferner der Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden (Frankfurt u. Leipzig 1786. 8.) §. 9. S. 80. ff. auch Herr Hofr. Runde in den Grundsätzen des allgemeinen teutschen Privatrechts (Göttingen 1791.) §. 702. S. 554. f.

17) im 2. Theil §. 120. S. 150.

18) in Elem. iuris germ. privati hod. §. 290.

herrschend gewesen: Der Kaiser sey die Quelle und das Haupt aller Gerichtsbarkeit, und von ihm komme auch alle richterliche Gewalt der Reichsstände her [19]. Das alemannische Landrecht [20]) sagt dieses ausdrücklich, und in dem noch ältern sächsischen Landrechte [21]) wird nicht nur die Gerichtsbarkeit der Stände für ein vom Kaiser ertheiltes Lehn ausdrücklich erklärt, sondern auch das Recht des Kaisers, die Gerichtsbarkeit in den Provinzen der Stände neben diesen auszuüben, behauptet. Es war eine allgemeine Rechtsparömie: wo der Kaiser hinkommt, da steht ihm das Recht offen. Kam dieser daher selbst in die Provinzen, so hörte unterdessen die richterliche Gewalt des Fürsten oder Grafen auf, so lange derselbe gegen-

19) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Dr. Steners Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. Lipsiae 1777. Cap. I. §. 4—9. Hrn. Hofr. Klübers Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen. Erlangen 1785. gr. 8. u. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 38. sqq.

20) Kap. 41. Merk ein ander Kapitel von den Laienfürsten, daß sämmtliche Laienfürsten das Recht haben, daß sie Hoff gebieten für sich selbst. Das Recht haben sie von den Künigen.

21) III. Buch Art. 52. Den König wählt man, sind die Worte desselben, zum Richter über eigen und über Lehen und über eines jeglichen Mannes Leib (also in Civil- Lehns- und Criminalsachen). Der Kaiser mag aber in allen Landen nicht geseyn, noch auch alle Ungericht richten zu aller Zeit, und darumb so leihet er den Fürsten Fahnlehen und Grafschaften, und den Grafen ihre Schultheißthumb, daß sie und die Schultheissen mögen fortrichten an seiner Statt.

genwärtig war [22]). Den eigenthümlichen Gütern des niedern Adels klebte keine Gerichtsbarkeit an. Es ist vielmehr nichts gewisser, als daß derselbe sammt seinen Leibeigenen und Meyer-Leuten vor den gräflichen Gerichten Recht genommen habe. Struben [23]), der ehemals auch mit andern des niedern Adels Gerichtsbarkeit von der herrschaftlichen Gewalt desselben über seine Leibeigenen herleitete, ist in der Folge ganz vom Gegentheile überzeugt worden, und hat aus Urkunden deutlich erwiesen, wie dieser Adel durch besondere Concessionen seine Knechte und Meyer-Leute von der Gewalt der ordentlichen Richter befreyet, und die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit über selbige erlanget habe.

Die Kaiser behielten sich jedoch gemeiniglich den Blutbann allein vor [24]), und wenn sie solchen auch hin und wieder ansehnlichen Reichsständen und Klöstern überließen, so geschah es doch nur unter verschiedenen Einschränkungen [25]).

22) Sachsenspiegel II. Buch. Art. 58. III. B. Art. 60. Schwabenspiegel P. I. c. 13. Kochs Anmerkungen von den Westphäl. Gerichten S. 11. 20. u. 21. GUDENUS Cod. diplom. T. I. p. 417.

23) Nebenstunden V. Theil 34. Abh. §. 1. 2. u. 3.

24) Man nennte daher die peinliche Gerichtsbarkeit den Königsbann, weil man das Recht, über Leben und Tod zu richten, niemand als dem König zuschrieb. Wer, nach dem Ausdruck der alten Urkunden, über das Blut richten wollte, mußte von dem König ausdrücklich dazu authorisirt seyn. Das Verzeichniß alter Wörter, welches dem sächsischen Weichbild beygefügt ist, sagt von dem Königsbanne, daß es sey eine solche Gewalt oder Zwang, als der König selbst hat, zu richten Hals und Haupt.

25) S. Bubers Vorrede *de cura et cautione, quam in concedendo banno sanguinis adhibuerunt reges nostri* vor Engelbrecht de servitutibus iuris publici.

Merkwürdig ist es, daß bey der Belehnung mit dem Blutbanne der Kaiser dem Vasallen eine rothe Fahne zu überreichen pflegte, welche man die Blutfahne oder das Blutbannier nennte, und als Symbol der Blutbannsbelehnung betrachtete[26]. Wer nicht mit dem Blutbanne belehnt war, mußte gestatten, daß ihm ein Blutrichter in seinem Lande von dem Kaiser oder dessen Stellvertreter gesetzt ward, wenn er nicht etwa durch besondere kaiserliche Vergünstigung das Recht erhalten hatte, den Blutrichter in seinem Lande selbst zu ernennen. Indeß mußte auch dieser dem Kaiser zur Belehnung präsentiret werden. Denn es war allgemeiner Grundsatz des mittlern Alters: der Kaiser sey oberster Blutrichter, und wer die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben will, müsse solche aus dessen Hand, oder von dessen Statthalter empfangen haben[27].

Nachdem jedoch die Reichsstände zu dem völligen Besitze der Landeshoheit gelangt waren, hielten sie es nicht mehr für nöthig, die Gerichtsbarkeit von dem Kaiser besonders zu Lehn zu nehmen[28]. Sie betrachteten solche nun als einen Ausfluß der Landeshoheit, die ihnen ohne besondere kaiserliche Belehnung gebührte, und die sie nach eigener Willkühr, entweder in Person oder durch besondere

Colle-

26) J. J. Reinhard von der Blutfahne bey teutschen Reichsbelehnungen in Schotts jurist. Wochenblatt II. Jahrgang Nr. 24.

27) Klüber a. a. O. Seite 57.

28) Bernh. Gottl. Huldr. Hellfeld Versuch einer Geschichte der Landesherrl. höchsten Gerichtsbarkeit; Sieber von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen.

Collegien und Richter, ausüben durften [29]). Eben so wenig bemühten sie sich von dieser Zeit an den Blutbann vom Kaiser durch besondere Concessionen und Belehnungen zu erlangen, und dadurch diesen für den obersten Blutrichter, von welchem alle peinliche Gerichtsbarkeit herkomme, zu erkennen. Die Gerichtsbarkeit in den Territorien ward nun durchgehends entweder im Namen, oder aus Verleihung der Landesherren verwaltet, und dem Kaiser ward eben so wenig Antheil an deren Ausübung verstattet, als seine persönliche Gegenwart die Gerichte, welche in den Territorien von den Landesherren oder von denjenigen, die von diesen die Macht hierzu erhalten hatten, angeordnet waren, ausser Activität setzte. Finden sich auch nach dieser Zeit noch Beyspiele von besondern kaiserlichen Belehnungen mit der Gerichtsbarkeit, so betreffen sie doch entweder nur solche Reichslehen, oder unmittelbare Güter, denen die Landeshoheit noch nicht in ihrem ganzen Umfange anklebte, deren Besitzer also zur Ausübung der Gerichtsbarkeit, vorzüglich der peinlichen, einer ausdrücklichen kaiserlichen Concession oder Belehnung bedurften, oder sie sind blos auf Richterämter, und auf die Gerichtspflege in gewissen unmittelbaren Districten und Gütern gerichtet, ohne mit dem Besitze des letztern verbunden zu seyn [30]).

Seit-

29) Wenn gleich der Gerichtsbarkeit in den kaiserlichen Lehenbriefen noch häufig unter den Formeln: mit hohen und niedern Gerichten — mit allen Gerichten — *cum omnibus iurisdictionibus* gedacht wird, so hielten die Stände solches doch mehr für eine unnöthige Beybehaltung der ehemaligen, vor Entstehung der Landeshoheit bey Belehnungen üblichen, Formeln, als für etwas wesentliches. S. BUDER de feudo iurisdictionis §. 3. Klüber a. a. O. S. 64.

30) Klüber a. a. O. S. 88.

Seitdem also die Reichsstände ihre Hoheitsrechte nicht nur kannten, sondern auch sich im Stande sahen, die Ausübung derselben in ihrem ganzen Umfange zu behaupten, so fiengen sie nun häufig an, ihren Landständen, vorzüglich dem Adel, den Landstädten und Gemeinheiten in ihren Ländern die Gerichtsbarkeit, entweder als Lehn, oder als ein ganz eigenthümliches Recht zu ertheilen. Sie versagten aus oberstrichterlicher landesherrlicher Gewalt allen und jeden den Besitz der Gerichtsbarkeit, die solche nicht durch ihre stillschweigende oder ausdrückliche Verwilligung erhalten hatten, und erlaubten den Gebrauch derselben nur soweit, als solcher von ihnen durch Verträge, Concessionen, Belehnungen, Privilegien, Herkommen oder Besitz seit unvordenklichen Zeiten war erlangt worden. Insonderheit aber giengen die Landesherren mit Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit sehr sorgfältig um. Nur den ansehnlichsten ihrer Landstände ward solche durch Belehnung oder Privilegien zu Theil, und auch dann oft unter mancherley Einschränkungen [31]. In vielen Ländern hatte man in dieser Absicht sogar eine dreyfache Eintheilung der Gerichtsbarkeit, die **hohe**, **mittlere** und **niedere**, eingeführt [32]. Die hohe Gerichtsbarkeit begriff das Gericht über Hals und Hand, die **mittlere** geringe Frevel, und die **niedere oder geringste** (fiedestes Gericht) das Gericht über Schulden unter sich [33]. Dem landsäßigen Adel ward noch im funfzehnten

31) S. BUDERI Diss. de modis acquisitae a civitatibus Germ. mediatis iurisdictionis crim. *Ienae 1749.*

32) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. I. §. 13. pag. 10. sq. HALTAUS Glossar. pag. 666. sq.

33) PUFFENDORF de iurisd. germanica P. III. Sect. II. cap. 5. pag. 713. sqq.

ten Jahrhundert die peinliche Gerichtsbarkeit äusserst selten von den Landesherren, weder durch Belehnung noch auf andere Art, überlassen [34]). Beweiß genug, wie wenig der Besitz eigenthümlicher Güter oder die Eigenthumsgewalt in Teutschland jemahlen ein Recht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit gegeben habe.

II) Da also der Regent die Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate ist, so hängt es auch von seinem Willen ab, Bestimmungen zu machen, wodurch andern entweder die Verwaltung derselben an seiner Statt aufgetragen, oder die Befugniß, sie auszuüben, und für deren Verwaltung Sorge zu tragen, als ein eigenthümliches Recht, und zwar entweder ausschliessend (privative) oder mitwirkend (cumulative) überlassen wird. Zwar ist es streitig, was in einem zweifelhaften Falle zu behaupten sey. Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß jede Gerichtsbarkeit im Zweifel eher für cumulativ als für privativ verliehen gehalten werden müsse, weil nicht leicht zu vermuthen sey, daß sich der Landesherr bey der Verleihung der Gerichtsbarkeit seines Einflusses gänzlich habe begeben wollen [35]). Allein wenn die Gerichtsbarkeit jemanden lehnsweise oder als ein ganz eigenthümliches Recht vom Landesherrn ertheilet worden ist, und letzterer sich die Concurrenz zur Ausübung derselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat,

34) Klüber a. a. O. Seite 114. folg.

35) MEVIUS P. I. Decis. 44. n. 8. et P. II. Decis. 313. LEIPOLD Diss. de concurrentia iurisdictionis in imp. Rom. Germ. Quaest. 9. sqq. (in LEUCHT Tractat. acad. de iurisdictione p. 508. sqq.)

hat, so ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß der Landesherr die Jurisdiction demjenigen, welchem sie auf jene Art verliehen worden ist, ganz allein (privative) zu der Ausübung habe überlassen wollen, welche dem Staatswohl unnachtheilig bleibt. Hierin stimmen nicht nur die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein [36]), sondern diese Meynung hat auch die Analogie des Rechts für sich. Denn unstreitig ist die Reservation einer Concurrenz bey einer unbedingten Verleihung, dergleichen hier vorausgesetzet wird, eine res facti, und kann eben daher, wenn nicht vermöge des besondern Staatsrechts in dem vorkommenden Falle ein anderes anzunehmen, nicht vermuthet, sondern muß von dem, der solche behauptet, bewiesen werden. Sodann ist auch hier der Landesherr wohl ohne Zweifel derjenige, welcher deutlicher und weniger zweifelhaft hätte reden sollen, da er ein Recht verlangt, welches von der Regel des gemeinen Rechts ganz abweicht, und an sich schon durch den Begriff des dem Erwerber aus der ihm geschehenen Verleihung zuständigen entweder völligen oder nutzbaren Eigenthums ausgeschlossen wird. Folglich wird auch gegen ihn billig die Erklärung gemacht werden müssen [37]).

III) Es

36) COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 20. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 625. von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 672. folgg. BOEHMER Princip. iur. feud. §. 65. Schnaubert Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 1. B. 1. Abschn. 3. Kap. §. 65. S. 110. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 334.

37) Man sehe Semlers Abhandlung über das Hoheitsrechtslehn §. 15. (In dem Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit herausgegeben von Hagemann und

III) Es sey jedoch die Gerichtsbarkeit verliehen, oder erworben, auf welche Art, oder durch welchen Titel sie wolle, so ist doch die geschehene Concession nie anders, als mit Subordination gegen die höchste Gewalt im Staate zu verstehen [38]). Denn da die Gerichtsbarkeit zu den wesentlichen Hoheitsrechten gehört, so kann sich der Regent derselben nicht ganz und gar begeben; sondern die privative Concession derselben wirkt nur so viel, daß demjenigen, welchem die Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, nicht zu nahe getreten werden darf, wenn er dieselbe in dem Maaße ausübt, wie es dem Ueberlassungsvertrage und den dabey gemachten Bestimmungen gemäß, auch dem Wohl des Staats nicht entgegen ist. Vermöge dieser Subordination steht daher dem Landesherrn bey der Ausübung aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate die höchste Oberaufsicht zu, damit nicht durch Mißbrauch derselben der Wohlfarth des Staates geschadet, sondern vielmehr durch deren Ausübung das Wohl desselben befördert werde. Daher finden Provocationen an den Landesherrn, oder desselben obere Instanz, auch Querelen über nichtiges und gesetzwidriges Verfahren des Richters, nicht weniger über Verzögerung der Justiz

und Günther 3. Theil N. V. S. 179. f.) und besonders Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 37. Qu. 1. S. 279. ff.

38) COCCEJI Iur. civ. contr. c. l. EMMINGHAUS ad Eundem not. d. pag. 177. *Ge. Melch. de* LUDOLF Observat. for. P. I. Obs. 108. Meisters peinl. Proceß. 3. Th. 1. Abschn. Hauptst. 11. §. 26. Hr. Hofr. Schnaubert a. a. O. §. 64. S. 108. folg. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. feudal. §. 225.

Justiz statt. Der Landesherr ist in solchem Falle befugt, Befehle zur Beförderung der Justiz ergehen zu lassen, auch Bericht zu fordern, wie die Justiz in diesem oder jenem Falle administrirt worden sey, ja er kann die Acten abfordern, und die Sache selbst entscheiden lassen. Jeder Richter muß sich daher der höchsten Landesjustizvisitation unterwerfen. Es hat auch keinen Zweifel, daß ein dem Staat gefährlicher Mißbrauch den völligen Verlust der verliehenen Gerichtsbarkeit nach sich ziehen könne [39]).

VI) **Keine Gerichtsbarkeit darf ausser dem Territorium des Landesherrn, welcher dieselbe verliehen hat, auch selbst im Lande, nicht ausser dem bestimmten Gerichtsbezirke ausgeübt werden** [40]). Denn ausser seinem Gerichtssprengel ist der Richter nicht als eine öffentliche, sondern bloß als eine Privatperson anzusehen [41]). Es ist auch derjenige Richter, welchem dadurch Eingriffe in seine Gerichtsbarkeit geschehen, nicht nur berechtiget, sich auf der Stelle selbst Recht zu verschaffen, son-

39) S. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de privatione iurisdictionis ob eius abusum. *Lipsiae 1755.* Es finden hier überhaupt diejenigen Grundsätze ihre Anwendung, die ich im 2. Theil §. 109. dieses **Commentars** von dem Verluste der Privilegien wegen des Mißbrauchs vorgetragen habe. Man sehe auch **Semlers** angeführte Abhandlung §. 17. in dem **Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit** 3. Theil S. 192. folg. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4197. und MALBLANC Conspect. R. I. §. 71. 72.

40) Hr. Hofr. **Schnaubert** in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechts II. Th. N. II. §. 6. S. 114. folg.

41) *L. ult. D. de iurisdict. L. ult. D. de offic. Praefecti urbi* und *L. 3. D. de offic. Praesid.*

sondern es findet auch gegen denjenigen Richter, welcher die Grenzen seiner Gerichtsbarkeit auf irgend eine Weise überschreitet, die Spolien- oder Negatorienklage statt[42]). Ob nicht in Ansehung der schlechterdings freywilligen Gerichtshandlungen (actus iurisdictionis voluntariae merae) eine Ausnahme von jener Regel zu machen sey, ist streitig. Ich werde diese Frage bey dem §. 194. besonders erörtern.

V) Ist die Gerichtsbarkeit Jemandem auf eine bestimmte Art verliehen worden, so daß die Gattung derselben deutlich ausgedruckt und benennt worden ist, so kann der Umfang der Ausübungsbefugniß in Ansehung derselben keinem Zweifel unterworfen seyn. Es kann auch in einem solchen Falle keine Ausdehnung Statt finden, wie schon aus dem gemeinen Rechtssatze, quod limitatio ultra suos terminos non sit extendenda, ganz natürlich folgt. Allein streitiger ist die Frage, ob unter einer unbestimmten Concession der Gerichtsbarkeit, oder Belehnung mit den Gerichten, auch die peinliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Mich dünkt, es sey zuvörderst ein Unterschied zu machen, ob ein Regallehn verliehen worden, bey welchem die Ober- und Niedergerichte nebst andern Hoheitsrechten hergebracht sind, oder nicht. Im ersten Falle wird die aufgeworfene Frage bejahend zu beantworten seyn[43]). Denn bey solchen Re-

42) S. Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerl. Processes (Stuttgard 1800. §. 25. S. 64. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 46.

43) S. *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. (*Altorf. 1712.*) §. XII. und *Dav.* SCHEINEMANN Disput. de iurisdictione (Tubing. 1674.) §. X.

Regallehen pflegte man schon von Alters her die Ober- und Niedergerichte oft nicht anders, als unter dem gemeinen Worte Gericht zu verleihen [44]). Im andern Falle kommt es darauf an, ob die Worte der Verleihung ganz allgemein abgefaßt sind, z. B. mit allen Gerichten, oder mit allen und jeden Gerichten [45]); oder ob das Lehn ein altes Lehn ist, und die ältern Lehnbriefe, nach deren Sinn und Ausdruck die neuern im Zweifel interpretirt werden müssen, die peinliche Gerichtsbarkeit in bestimmtern Ausdrücken enthalten, oder nicht. Im erstern und andern Falle ist ebenfalls auf das Recht zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit mit Grunde zu schliessen; in allen andern Fällen hingegen ist die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit im Zweifel nur von der niedern zu verstehen [46]). Denn einmal erfordert überhaupt

44) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. VI. §. 10. bestärkt dieß mit einer Stelle aus WESENBEG Consil. 95. n. 13. seq. in causa *Boeneburg* contra *Hessen*.

45) Die Formel mit allen Gerichten kann jedoch zuweilen eine andere Auslegung haben. Es kann z. B. von mehreren Gütern die Rede seyn, bey denen allen nur die niedern Gerichte sind, oder es kann die Gerichtsbarkeit einem Gute an unterschiedenen Orten zukommen, und daher jene Formel nur den Sinn haben, daß die Belehnung auf alle diese zusammen gehen solle. Man nehme also bey Auslegung jener Formel zugleich auf die Beschaffenheit des Vasallen, und des Landes, nicht weniger auf den Zusammenhang des Lehnbriefes und die übrigen Umstände Rücksicht. Die Anwendung dieser Regel findet man bey Hrn. von Buri in der Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 670.

46) Hiermit stimmen überein STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. §. 80. und in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4.

haupt die Natur der Privilegien, besonders wenn dadurch, wie hier der Fall ist, Hoheitsrechte ertheilet werden, eine solche einschränkende Erklärung[47]. Sodann muß zweytens bey Verleihungen hauptsächlich auf den Sprachgebrauch gesehen werden. Wenn nun gleich die Ausdrücke **Gericht**, **Gerichtsbarkeit** an sich ein genus bezeich-

 nen,

n. 4. SCHWEDER in Diss. de iurisdictione per investituram feudal. concessa §. 14. (*T. I. Dissertat. pag. 1089.*) *Nic. Christph. de* LYNCKER Centur. XI. decis. 1070. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. III. Th. 1. not. 19. *Sam.* STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. II. Tit. 1. §. 13. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. II. Tit. 1. Quaest. 19. et ad Eundem *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS not. b. pag. 176. KRESS in Diss. de iurisdictione omnimoda sub formula Richt und Ungericht in feudum concessa §. 16 – 26. (in IENICHEN *Thes. iur. feud. T. II. p. 869.*) von **Buri** Erläuterung des Lehnrechts S. 659. **Meister** Abhandl. des peinlichen Processes in Teutschland I. Abschn. XI. Hauptst. §. 23. und 24. BOEHMER Princip. iur. feudal. §. 67. **Schnaubert** Erläuterung des Lehnrechts S. 112. u. 113. **Eichmann** Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 339. folgg. *Mich. God.* WERNHER lect. Commentat. in Pandect. Tit. de iurisdict. §. 33. D. BIENER in Diss. de iurisdict. ordinar. et exemta Cap. II. §. 21. Hr. Hofr. **Klüber** Geschichte der Gerichtslehen S. 137. u. 138. u. a. m. Anderer Meinung sind zwar HORN in iurisprud. feud. cap. VII. §. 12. STRUBEN in Observat. iur. et histor. Obs. IX. §. 7. pag. 274. und in den rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 122. S. 316. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad art. 1. Constit. Crim. Carol. §. 11. pag. 23. Joh. Christ. **Quistorp** in den Grundsätzen des peinl. Rechts II. Theil. §. 559. u. m. deren Gründe aber Hr. Reg. R. **Eichmann** a. a. O. geprüft und gründlich widerlegt hat.

47) S. meinen Commentar im 1. Th. §. 99. S. 561.

nen, was mancherley Arten unter sich faßt, so hat doch von jeher der Sprachgebrauch diejenige Bedeutung, als die gewöhnlichste, adoptirt, nach welcher jene Ausdrücke nur von der niedern Gerichtsbarkeit verstanden werden [48]. Nicht leicht begriff man schon in ältern Zeiten unter dem Worte Gericht die peinliche Gerichtsbarkeit; man unterschied vielmehr die letztere mit vieler Sorgfalt von der gewöhnlichen oder niedern Gerichtsbarkeit durch eigene Benennungen, und nannte sie Ungericht, Blutbann, Fraysß, Halßgericht, hohe Obrigkeit, Malefizgericht [49] rc. Und auch in neuern Zeiten ist es gar nicht gewöhnlich, ein so wichtiges Recht, als das Recht über Leben und Tod der Unterthanen zu richten, ist, mit dem generellen Ausdrucke der Gerichte zu bezeichnen, sondern es pflegen sich unsere Landesherrn deshalb bestimmterer Ausdrücke zu bedienen [50]. Hiezu kommt drittens, daß man den Blutbann seit Entstehung der Landeshoheit als ein vorzügliches Kleinod derselben [51] betrachtete, mit dessen

48) HALTAUS in Gloſſar. germ. ſub. v. Gerichte. Meister am angef. Orte S. 469.

49) Die Beweise hat Hr. von Buri a. a. O. S. 669. gesammelt.

50) S. *Io. Ge.* LAMM Obſ. an iurisdictione ſimpliciter conceſſa tam altam quam baſſam vaſallus conſequatur? in Herrn Dir. Zepernicks *Analect. iuris feudal.* Tom. II. Obſ. 17. pag. 70. ſqq.

51) In den alten Urkunden wird daher der Ausdruck Blutbann häufig für die ganze Landeshoheit genommen, und mit dem Namen Königsbann (bannum regium) belegt. Man sehe HERTIUS in Diſſertat. de ſuperioritate territoriali §. 2. welcher dieses mit vielen Urkunden bewiesen hat. Man sehe auch Rein-

dessen Verleihung die Landesherren immer sehr sorgfältig und sparsam umgegangen sind[52]. Es kann daher ohne hinlänglichen Grund um so weniger vermuthet werden, daß der Landesherr einem Unterthan, den er mit den Gerichten schlechtweg beliehen hat, auch die peinliche Gerichtsbarkeit werde mitgetheilet haben, je mehr überhaupt schon nach politischen Gründen die Ausübung dieser Gerichtsbarkeit so viel möglich ein ausschliessendes Vorrecht der obersten Gewalt im Staat bleiben muß[53]. Zuletzt stimmt selbst das römische Recht mit unserer Auslegung überein, als nach welchem, wie schon oben bemerkt worden ist, das merum imperium unter der Jurisdiction an sich nicht begriffen war, sondern von der ausdrücklichen Concession des Kaisers abhing.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob unter der generellen Verleihung aller Gerichte auch die **geistliche Gerichtsbarkeit** zu verstehen sey? Da nach der eigenen Verfassung des teutschen Reichs die geistliche Gerichtsbarkeit, so wie sie durch die canonischen Rechte bestimmt ist, nicht als ein Bestandtheil der Landeshoheit angesehen wird, sondern zu den hohen Episcopalrechten gehört, und daher

Reinhards Beweis, daß die Belehnung unter der Formel: **Blutbann und Wildbann mit ihren Herrlichkeiten**, im XV. Jahrh. die ganze Landeshoheit in sich begreife; (in **Schotts** jurist. **Wochenblatt**, Jahrg. II. Num. 23. S. 643.) und BOEHMER Diss. de Centena sublimi in seinen *Elect. iur. civ.*

52) HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. §. 46. a WESTPHALEN Tom. IV. diplom. Mecklenburg. n. 14. 32. 48. BUDER in praefat. ad ENGELBRECHTI *Tr. de servitutibus iuris publici* pag. 8.

53) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 75.

in den katholischen Staaten keinem weltlichen Reichsstande, sondern nur den Bischöfen und Erzbischöfen zukommt; in den evangelischen Ländern aber, nachdem durch den Religions- und Westphälischen Frieden die geistliche Gewalt der katholischen Bischöfe in Ansehung der evangelischen Glaubensgenossen ist aufgehoben worden, entweder von den evangelischen Kirchen selbst, oder von den evangelischen Reichsständen, als Oberhäuptern der protestantischen Kirchen ihrer Länder, vermöge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft ausgeübt wird [54]; so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob dem Landesherrn, von welchem die Gerichtsbarkeit auf jene unbeschränkte Art verliehen worden ist, nach der teutschen Staats- oder der besondern Kirchenverfassung seines Landes die geistliche Gerichtsbarkeit zusteht, oder nicht. In letztern Falle kann gar nicht die Frage entstehen, ob die geistliche Gerichtsbarkeit mit verliehen sey, die der Landesherr selbst nicht hatte [55]. In dem ersten Falle hingegen ist wieder darauf zu sehen, ob das Subject, dem alle Gerichte verliehen worden sind, nach den Grundsätzen des teutschen Kirchenrechts der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sey, oder nicht. Im letzten Falle kann wieder keine Frage davon seyn, ob unter der allgemeinen Verleihung aller Gerichtsbarkeit auch die geistliche begriffen sey [56]. In dem ersten Falle hingegen ist nun diese

Frage

54) S. Pütter von der geistlichen Gerichtsbarkeit über evangelische Reichsstände und ihre Unterthanen, in Desselben Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats- und Fürstenrechts. 2. Band Nr. XII. S. 63.

55) Pütters angef. Erörterungen 2. Band S. 134.

56) Z. B. Wenn das Subject, welchem in einem katholischen Reichslande alle Gerichte verliehen worden sind, ein katholi-

scher

Frage sehr streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [57]) behaupten, daß wenn Jemandem die Gerichte schlechtweg, oder auch alle Gerichte verliehen sind, dennoch die geistliche Gerichtsbarkeit oder das ius consistorii darunter nicht begriffen sey; weil die geistliche Gerichtsbarkeit nach der allgemeinen Kirchenverfassung in Teutschland einen vorzüglichen Theil der Episcopalrechte ausmache, welche auch dem evangelischen Landesherrn nur titulo speciali, als ein annexum superioritatis territorialis, zustehe, und daher den Unterthanen nicht leicht ertheilt zu werden pflege. Ja es gehen einige so weit, daß, wenn auch Jemand mit den weltlichen und geistlichen Gerichten ausdrücklich sey belehnet worden, sie dennoch unter dem Ausdrucke geistliche Gerichte nur das Patronatrecht, sofern es vorzüglich in dem Rechte, Jemand zu einer Kirche oder

cher Laye ist. Denn Layen sind nach dem kanonischen Rechte der geistlichen Gerichtsbarkeit unfähig *can.* 22. *C. XVI. qu.* 7. *cap.* 4. *X. de immun. eccles. cap.* 2. *X. de iudic. c.* 16. *X. de foro comp.* Daß hingegen in protestantischen Ländern auch weltliche Personen der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sind, ist bekannt. S. MEVIUS P. II. Decis. 305. und *G. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 173.

57) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. III. §. 2. Not. 1. *Lib. Bar. de* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 85. pag. 503. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. lib. I. Tit. 28. §. 28. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXXVI. med. 2. *Dav.* SCHEINEMANN Disp. de iurisdictione. *Tüb.* 1674. §. 20. *Mich. God.* WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 29. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts II. Th. §. 559. Not. c. und Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 3. Band Decis. 246.

einer geistlichen Pfründe zu präsentiren, bestehet, verstanden wissen wollen [58]). Allein so irrig die letztere Behauptung ist, indem der Unterschied zwischen dem Patronatrechte und der geistlichen Gerichtsbarkeit zu sehr einleuchtet, als daß man glauben könnte, daß ersteres unter der Benennung der geistlichen Gerichte zu verstehen sey, vielmehr die eigentliche Bedeutung des Ausdrucks Gerichte, welche doch unstreitig vor allen andern zum Grunde zu legen ist, deutlich zu erkennen giebt, daß unter den geistlichen Gerichten nothwendig die geistliche Gerichtsbarkeit verstanden werden muß, zumal wenn selbige, wie in dem vorliegenden Falle angenommen wird, in der Concessionsurkunde den weltlichen Gerichten entgegen gesetzet worden sind [59]); So grossem Zweifel ist auch die erstere, obgleich gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß unter der Verleihungsformel mit allen Gerichten die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zu verstehen sey, annoch unterworfen. Der Grund, den man zur Unterstützung derselben insgemein anzuführen pflegt, nämlich *quia iurisdictio ecclesiastica*, wie die Worte bey dem Freyherrn von Wernher lauten, *superioritati territoriali connexa, et regulariter extra illam non subsistit*, ist wenigstens von keinem sonderlichen Gewicht, und widerlegt sich durch die vielen Beyspiele, da den Landsässigen von Adel und Mu-

58) HORN Resp. Class. I. resp. 2. et Iur. Feud. Cap. VII. §. 12. BERGER a. a. O.

59) Hiermit stimmen überein Hr. von Buri in der Erläuterung des Lehnrechts S. 671. folg. LEYSER im angef. Specim. medit. 3. pag. 118. STRUV in Elem. iur. feudalis ab Hellfeld edit. §. 123. FLEISCHER Institut. iur. feudal. Cap. IX. §. 43. vorzüglich aber Hr. Hofr. Schnaubert in der Erläuterung des Lehrechts §. 67. S. 113.

Municipal-Städten die geistliche Gerichtsbarkeit durch Recesse und Privilegien überlassen worden ist[60]), von selbst. Eben so wenig kann auch der Umstand, daß die Verleihung der geistlichen Gerichtsbarkeit seltner, als die Verleihung aller weltlichen Gerichte, sey, eine die geistliche Gerichtsbarkeit ausschließende Vermuthung begründen, wenn, wie hier angenommen wird, ausdrücklich alle Gerichte verliehen worden sind. Daß nach der teutschen Staats- und Kirchenverfassung die geistliche Gerichtsbarkeit als ein Theil der bischöflichen Gewalt betrachtet wird, daraus kann auch noch kein hinreichender Grund für jene Meinung hergenommen werden. Vielmehr folgt hieraus, daß wenn dem Landesherrn zugleich die geistliche oder bischöfliche Gewalt in seinem Lande zustehet, er nicht nur vermöge derselben die geistliche Gerichtsbarkeit habe verleihen können, sondern auch, indem er alle Gerichtsbarkeit verliehen, und dabey die geistliche nicht ausgenommen hat, dieselbe habe verleihen wollen. Daher behaupten mehrere Rechtsgelehrte, daß wenn der Landesherr die geistliche Gerichtsbarkeit hat verleihen können, und auch das Subject, welches alle Gerichte erhält, zur geistlichen Gerichtsbarkeit eben so, wie zur weltlichen fähig ist[61]), unter dem allgemeinen Ausdrucke aller Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit begriffen sey. Allein es dürfte wohl vor allen Dingen darauf ankommen, ob nach der Verfassung des Landes die geist-

60) Man vergleiche *Christph.* DOHNDORF Diss. de iurisdictione ecclesiastica, quatenus magistratui municipali competat. *Lipsiae 1715.* Cap. III. §. 12. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 305. und *G. L.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 173.

61) Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts S. 114. folg. MEVIUS P. II. Dec. 305.

liche Gerichtsbarkeit von der weltlichen ganz abgesondert ist, und durch Anordnung eigner geistlicher Gerichtshöfe, unter den Namen der Consistorien, ausschließlich ausgeübt werde, oder nicht, im ersten Falle kann wohl im Zweifel die Verleihung der geistlichen Gerichte nicht vermuthet werden[62]; im letztern Falle hingegen trage ich kein Bedenken, der bejahenden Meinung beyzutreten.

VI) Wenn Streit darüber entstehet, ob Einem die Gerichtsbarkeit, welche er seither ausgeübt hat, rechtmäßig sey ertheilet worden, so ist die Frage alsdann von grosser Wichtigkeit, ob sich der in Anspruch genommene Theil auf seinen Besitz berufen, und die Vortheile der sonst aus dem Besitze entspringenden rechtlichen Vermuthung sich zueignen könne, oder ob er nicht vielmehr seinen Rechtstitel, durch welchen er die Gerichtsbarkeit erworben, anzugeben verbunden sey? Unser Verf. behauptet das letztere. Allein meiner Einsicht nach wird es darauf ankommen, ob ihm von dem Landesherrn selbst die Gerichtsbarkeit streitig gemacht wird, oder ob solches von einem Dritten geschiehet? Im letztern Falle kann der Besitzer zur Edition eines Titels durchaus nicht angehalten werden, sondern er ist so lange in dem Besitze zu schützen, bis derjenige, welcher ihn von der fernern Ausübung der Gerichtsbarkeit ausschließen will, seine Ansprüche durch den gehörigen Weg Rechtens ausgeführt hat[63]. Die

62) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 66. pag. 131. et §. 75. pag. 148.

63) HANNESEN Diss. de iurisdictione §. VII. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 331.

Die rechtliche Vermuthung, die für einen jeden Besitzer streitet, daß derselbe die innhabende Sache rechtmäßiger Weise besitze [64]), findet auch hier ohne allen Zweifel Statt. Denn beyde Theile befinden sich hier in pari causa, weil der Proceß unter Privatpersonen geführet wird, und in einem solchen Falle muß nach einer bekannten Rechtsregel jederzeit für den Besitzer gesprochen werden [65]). Allein ob dem Besitzer auch gegen den Landesherrn dieser Vortheil des Besitzes zu statten komme, ist eine andere Frage, worüber sehr gestritten wird. Die meisten Rechtsgelehrten sind zwar der verneinenden Meinung, und nehmen zum Grundsatze an, daß der Landesherr von seinem Unterthan, der sich ein wesentliches Hoheitsrecht anmaßt, die Rechtfertigung des von dem letztern vorgeschützten Besitzes zu begehren berechtiget sey. In Gemäßheit desselben könne also der bloße Besitz nicht von der Angabe des Titels befreyen, sondern es müsse der Besitzer in einem solchen Falle beweisen, daß die angemaßte Gerichtsbarkeit auf eine rechtmäßige Art durch Privilegium, Contract, Belehnung u. dgl. erworben worden sey. Nur ein unvordenklicher Besitz könne die Stelle einer ausdrücklichen Concession vertreten, und sey einem erwiesenen Rechtstitel gleichzuachten [66]). Allein es fehlt auch nicht

64) *§. 4. I. de Interdict. L. 11. C. de petit. hered. L. 28. C. de Rei vind.*

65) *L. 118. pr. D. de R. I.* in pari causa possessor potior haberi debet.

66) STRYK Us. mod. Pandectar. ad Tit. de iurisdictione §. 27. sqq. und in Comment. de necessitate edendi titulum possessionis Cap. III. per tot. de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XLIX. Tit. 14. Qu. 2. Carl Adolph Braun Abh. in wie ferne man den Titel anzugeben hat, wenn man sich entgegen den Landesherrn

nicht an Rechtsgelehrten, welche der entgegengesetzten Meinung sind, nämlich daß auch der Landesherr die Anführung des Besitzes und die daraus für den Besitzer entstehende rechtliche Vermuthung gegen sich gelten lassen müsse. Ja sie behaupten sogar, daß die summarische Possessorienklage (*possessorium summariissimum*), worin man sich auf den neuesten ruhigen Besitz zu dem Ende, um darin geschützt zu werden, gründet, gegen den Landesherrn statt finde[67]). Allein ich kann mich von der Richtigkeit dieser Meinung zur Zeit noch nicht überzeugen. Denn da die Ge-

herrn auf den Besitz gründet, §. 7. folgg. (in den Erlangischen gelehrt. Anzeigen auf das Jahr 1750. N. 10. S. 78 folgg.) *God. Lud.* MENCKEN in Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summariissimo *Lipsiae 1744.* §. VI. lit. b. Claproth Einleitung in die sämtl. summarischen Processe II. Abschn. II. Hauptst. I. Tit. §. 32. Eichmann a. a. O. S. 330. Ernst Fried. Pfotenhauer Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797. 8.) §. 14 Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 16. nr. IV. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 133.

67) *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad CHRISTINAEI decisiones Vol. I. Obs. 38. Joh. Andr. Hofmann in der T. Reichspraxis II. Th. §. 1454. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 146. Strube n Unterricht von Regierungs- und Justizsachen §. 14. not. c. Hofr. Schnaubert in den Anfangsgr. des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 120. Not. *) S. 83. Lobethan von der Gerichtsbarkeit. I. Th. 2. Abschn. §. 24. S. 45. SCHORCH nova Collectio Responsor. et Sententiar. Facultat. iurid. Erford. nr. IV. und *Aug. Henr.* GÖECKEL Diss. possessorium summariissimum an et quatenus aduersus principem a subditis possit institui. *Erlangae 1798.* §. 19.

Gerichtsbarkeit ohne Zweifel unter die Hoheitsrechte gehört, so steht den Unterthanen der Regel nach ein solches Recht nicht anders zu, als in sofern es der Landesherr ihnen überlassen hat. Der Unterthan hat daher immer die Vermuthung gegen sich, der dieserhalb vom Landesherren in Anspruch genommen wird; und diese ihm entgegenstreitende Vermuthung ist so stark, daß solche durch den Besitz allein nicht entkräftet werden kann. Denn der streitige Gegenstand ist so beschaffen, daß solchen kein Unterthan besitzen kann, der nicht einen gerechten Titel, oder wenigstens eine unvordenkliche Verjährung, welche statt des Titels ist, zu erweisen vermag. Aus diesen Gründen kann demnach die sonst für den Besitzer streitende rechtliche Vermuthung hier in keine Betrachtung kommen, sondern es muß dieselbe, als die schwächere Vermuthung, nothwendig der stärkern weichen, welche für den Landesherrn, als der ersten Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate, streitet. Hiermit stimmt auch das canonische Recht überein[68]). Und daß eben dieses der heutigen gemeinen Praxis gemäß sey, beweisen die in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten vorkommenden Beyspiele[69]). Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Unterthan seines vermeintlich hergebrachten Rechtes durch

68) *Cap. 9. X. de probat. cap. 7. de privil in 6to.*

69) Man vergleiche *de* CRAMER Observation. iuris universi Tom. I. Observ. 378. MEVIUS P. I. Decis. 44. not. 6. et P. IV. Dec. 357. *L. B.* a WERNHER Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 366. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. X. Specim. DCLVII. med. 30. KIND Quaestion. forens. Tom. I. cap. 45. pag. 188. et Tom. III. cap. 10. pag. 87. und Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen Facultät 1. Band Nr. XIX. S. 150.

nicht an Rechtsgelehrten, welche d
nung sind, nämlich daß auch der La
des Besitzes und die daraus für d
rechtliche Vermuthung gegen sich ge
sie behaupten sogar, daß die sum
rienklage (*possessorium summariissim*
auf den neuesten ruhigen Besitz zu b
geschützt zu werden, gründet, gegen
finde[6]). Allein ich kann mich von
Meinung zur Zeit noch nicht überz

herrn auf den Besitz gründet, §. 7. fo
schen gelehrt. Anzeigen auf d
S. 78 folgg.) *God. Lud.* MENCKEN
sessionis in processu possessorio summ
§. VI. lit. b. Claproth Einleitung
schen Processe II. Abschn. II. Hauptst
mann a. a. O. S. 330. Ernst Frie
handl. über das gerichtliche Verfahre
neuesten Besitz [illegible] n. (Leipzig
Grundsätze der [illegible] chen Processe
BLANC Consp[illegible] c. §. 133.

67) *Tob. Iac.* [illegible] in select.
decisiones [illegible]. 38. Joh.
T. Reichs[illegible] h. §. 1454. [illegible]
for. Vol [illegible] Struben
und [illegible] 4. not. c.
Anf[illegible] Rechts der g

sehr begünstiget war [71]). Dieses
traordinaria [72]). Sonst war der
Präsident des Gerichts [73]), und
ey es mehr auf Befehle zur Ein-
Vollstreckung der Rechtssprüche,
Wahrheit einzelner Thatsachen
uf die Erörterung factischer Um-
scheidung des Processes abhieng,
vöhnlich einen Juder [74]). Dieß
ern, dergleichen der Prätor in
angs 105. nachher aber, zu den
und achtzig hatte, welche in vier
Mit diesen entschied er die
s hauptsächlich auf eine streitige
Rechts-

nperio Lib. I. c. 7. sqq. besonders
. et imperio Lib. I. Tit. 5. (To... II.
)

ersio. *L. 15. §. 28. D.*
seinem Edict: *Uti quaeque*
§. 1. D. de minorib. XX
de iniur. Man sehe übrigens
gnitionibus, und MALBLANC Co

ult. verb. Praetor, qui Centumvira-
ICCAMA de iudicio centumvirali lib. I.

9. D. de off. Praef. Praesidem Provin-
, utrum ipse cognoscat, an iudicem dare

pist. 33. Daß zur Zeit der freyen Rep.
umviralrichter gewesen, ist unerweißlich.
Animadv. ad SICCAMAM pag. 70. not. h.

durch einseitige Regierungsverordnungen de facto nicht entsetzet werden dürfe, indem ein solcher Fall, wo einem sein Besitz genommen werden soll, den er für rechtmäßig angiebt, sich nie zur bloßen Regierungssache qualificirt, sondern allerdings in die Zahl der Justitzsachen gehört, worüber Keinem das rechtliche Gehör zu versagen ist [70]).

§. 190.

Unterschied zwischen Magistratus und Iudex nach römischen und teutschen Rechten. Verschiedene Arten der Iudicum bey den Römern. Vereinigung der *L. 10. D. h. t.* und *L. 77. D. de iudiciis.*

Diejenige Person, welche dazu authorisirt ist, über das Mein und Dein in einzelnen Fällen vermittelst eines Urtheils aus den Gesetzen das Recht zu schöpfen, und dasselbe vermittelst äusserlichen Zwangs zu handhaben, oder, welches eben so viel ist, **die Gerichtsbarkeit mit Bestand auszuüben**, nennt man eine **Magistrats- oder Obrigkeitliche-Person**. Die Römer machten einen Unterschied zwischen Magistratus und Iudex. Nur ersterer hatte die Gerichtsbarkeit, letzterer hingegen nichts als Notio. (§. 186.) Ein römischer Magistrat erkannte nämlich nicht immer selbst, sondern nur, wenn es entweder bloß auf eine Rechtsfrage ankam, oder die Sache keinen Auf-

70) K. **Wahlkap.** Art. XIX. §. 6. **Pütters** auserlesene Rechtsfälle II. Bandes 4. Th., Resp. CCXXXVIII. Quaest. XV. n. 241. S. 1062. und **Gönners** Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XXVI. §. 17.

Aufschub litte, oder sonst sehr begünstiget war [71]). Dieses Verfahren hieß *cognitio extraordinaria* [72]). Sonst war der Magistrat nur eigentlich Präsident des Gerichts [73]), und nahm dasjenige vor, wobey es mehr auf Befehle zur Einleitung des Processes und Vollstreckung der Rechtssprüche, als auf Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen ankam. Kam es daher auf die Erörterung factischer Umstände an, wovon die Entscheidung des Processes abhieng, so gab er den Partheyen gewöhnlich einen Judex [74]). Dieß war einer von seinen Beysitzern, dergleichen der Prätor in dem Centumviralgericht anfangs 105. nachher aber, zu den Zeiten der Kaiser, hundert und achtzig hatte, welche in vier Consilia getheilt waren [75]). Mit diesen entschied er die wichtigern Rechtsfälle, wo es hauptsächlich auf eine streitige Rechts-

71) NOODT de iurisdict. et imperio Lib. I. c. 7. sqq. besonders QUINDANADUEGNA de iurisd. et imperio Lib. I. Tit. 5. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 227.)

72) Zuweilen auch animadversio. *L. 15. §. 28. D. de iniur.* Daher sagt der Prätor in seinem Edict: *Uti quaeque res erit,* ANIMADVERTAM. *L. 1. §. 1. D. de minorib. XXV. ann. L. 15. §. 25. et 28. D. de iniur.* Man sehe übrigens Tit. Dig. *de extraordinariis cognitionibus,* und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 6.

73) PLINIUS *lib. V. epist. ult.* verb. Praetor, qui Centumviralibus praesidet. Conf. SICCAMA de iudicio centumvirali lib. I. Cap. XII.

74) Daher sagt *L. 8. et 9. D. de off. Praes.* Praesidem Provinciae aestimare debere, *utrum ipse cognoscat, an iudicem dare debeat.*

75) PLINIUS *lib. VI. Epist. 33.* Daß zur Zeit der freyen Rep. mehr als 105 Centumviralrichter gewesen, ist unerweißlich. S. Zepernick in Animadv. ad SICCAMAM pag. 70. not. h.

Rechtsfrage ankam [76]). Zur Erörterung factischer Umstände hingegen bestellte der Prätor der Parthenen einen von seinen Beysitzern zum Judex [77]), welcher *iudex pedaneus* genennt wurde, quia ad pedes Praetoris sedebat in subselliis [78]). Dieser erhielt zugleich ein Formular, wornach er erkennen mußte: z. B. *Si paret, dari oportere, condemnato* [79]). Mußte sich der Judex streng an die ihm ertheilte Instruction halten, und nach Maasgabe derselben auch nach Beschaffenheit der Umstände den Beklagten entweder verurtheilen oder absolviren [80]), so hieß ein solches Verfahren

76) QUINTILIAN. lib. XII. *Orator. Institut.* cap. 5. SENECA lib. III. *de Benefic.* cap. 7. ROLLE hist. iur. civ. de assessoribus magistratuum Rom. *Lipsiae 1787.* et ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvirali pag. 17.

77) Wie gewöhnlich dieses gewesen seyn müsse, erhellet aus Cicero lib. I. *ad Quint. Fratr.* ep. 2. Quid? Praetor solet iudicare, DEBERI? Conf. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 8. und meine Opusc. Fasc. II. pag. 389. sqq.

78) S. *Io.* HOP Diss. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis: in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* Vol. I. T. II. DIETMAR iudex pedaneus *Ienae 1743.* und KNORR Diss. de usu pr. doctr. de praetore et iudice pedaneo *Halae 1756.*

79) ZEPERNICK ad SICCAMAM pag. 26. Not. d.

80) Denn die Formel: *Si paret, condemna,* berechtigte auch den Richter, in dem entgegengesetzten Falle, *si non paret,* den Beklagten von der angestellten Klage zu entbinden; wie Paulus *L. 3. D. de re iudic.* und Ulpian *L. 37. D. de Reg. Iur.* lehren. In dem 51sten Buche ad Sabinum handelte Ulpian von der Bestellung eines Judex Pedaneus, und desselben Instruction, wie aus den übrigen Fragmenten erhellet. S. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 13.

ren *iudicium stricti iuris*. Gab ihm der Prätor freyere Hände, durch die Formel: quantum aequius melius id dari, so hieß dieses *iudicium bonae fidei*[81]). Denn hier konnte der Judex die Billigkeit zum Maaßstabe nehmen, und dem Kläger auch Verzugszinsen, Früchte, und alles, was zwar nicht ausdrücklich versprochen war, aber doch die Billigkeit erforderte, zuerkennen[82]). Der Judex hieß in diesem letztern Falle *arbiter*[83]), das ganze Verfahren aber *arbitrium*[84]). Was dem Prätor in Rom die Centumviralrichter, dieß waren dem Präses in der Provinz zwanzig Recuperatores[85]). Wenn jedoch der Prätor oder Präses zuweilen in einer Rechtssache mehrere Privatrichter zu bestellen nöthig fand, so wurden auch diese *Recuperatores* genennt[86]). Von allen diesen Privatrichtern waren aber die

81) ZEPERNICK. cit. loc.

82) HOP cit. Diss. Cap. III.

83) CICERO lib. III. *de officiis* cap. 17. Orat. *pro Roscio Com.* cap. 9. *pro Roscio Amerin.* cap. 39. *L. 24. D. depositi, L. 76. D. pro socio, L. 52. §. 2. D. fam. ercisc.* Man verwechsle diese arbitros iuris nicht mit den Schiedsrichtern oder arbitris compromissariis, von welchen im Tit. Dig. *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*, gehandelt wird.

84) Man lese hier die schöne Stelle des Cicero in *Orat. pro Roscio Comoedo* cap. 4. wo er den Unterschied inter iudicium et arbitrium vortreflich erläutert.

85) Zepernick ad SICCAMAM pag. 87. not. a.

86) CICERO *pro Flacco* cap. 21. lib. III. *in Verrem* cap. 12. *pro Caecinna* cap. 3. et 21. *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *in Verrem* lib. V. c. 30. und GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XX. c. 1. Conf. HOTMANNUS ad CICERON. pro Caecinna cap. 1. HERALDUS lib. V. Observat. ad ius Attic. et Rom. Cap. XIV. n. 15. sqq.

die *Decemviri litibus iudicandis* [87]) verschieden, über welche unter den Gelehrten viel gestritten worden ist [88]). Sie scheinen, den Nachrichten zu Folge, die wir von ihnen bey den Alten finden, die Gehülfen des Prätors, vorzüglich im Centumviralgerichte und in der Abwesenheit desselben seine Stellvertreter gewesen zu seyn [89]). Denn da das Centumviralgericht aus vier verschiedenen Tribunalen oder Consiliis iudicum bestand, so war ein Prätor zur Direction eines Gerichtes von solchem Umfange nicht hinreichend [90]). Alle diese römischen Richter hatten nun keine Jurisdiction, denn diese war eigentlich bey der dem Gerichte vorgesetzten obrigkeitlichen Person, sondern sie hatten, selbst die Decemvirs nicht

beweißt mit vielen Gründen, daß diese Recuperatores zur Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen bestellet worden. Allein FERRATIUS lib. I. Epist. 3. und nach ihm HOP cit. Diss. Cap. III. pag. 545. haben gezeigt, daß Recuperatores von einem andern iudex privatus in nichts, als in der Zahl, unterschieden gewesen.

87) Ihrer gedenkt Pomponius *L. 2. §. 29. D. de O. I.* Deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset: *Decemviri litibus iudicandis* sunt constituti; auch PLINIUS *lib. V. ep. ult.* Sedebant iudices (ohne Zweifel Centumviri) venere *Decemviri*. Add. SUETONIUS in *vita Augusti* cap. 35.

88) Die verschiedenen Meinungen der Gelehrten prüft Zepernick ad SICCAMAM pag. 73.

89) SICCAMA de iudicio centumvir. Cap. IX. HOP cit. Diss. Cap. I. pag. 512. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 12. RAEVARDUS in Protribunal. cap. 19. GEBAUER de iurisdictione Cap. I. §. 10. MALBLANC Conspect. rei iud. §. 13.

90) Zepernick ad SICCAMAM lib. I. cap. XI. not. m. pag. 97. sq.

nicht ausgenommen[91]), eine bloße Notion. Sie erörterten zwar streitige Rechtsfälle, und ertheilten den Partheyen Sentenzen, allein nicht aus eigener Macht, sondern unter der Direction des Magistratus, der sie bestellt hatte. Dieser mußte auch ihre Urtheilssprüche vollziehen[92]). Denn mit Eröffnung der Sentenz war das Amt eines Judex Pedaneus geendiget[93]). Ein anderer Unterschied zwischen einer obrigkeitlichen Person und einem Judex war nicht minder wichtig. Ein Magistratus durfte weder in seiner eigenen Sache noch über seine Familie Recht sprechen[94]). Allein ein Vater konnte seinem Sohne, und der Sohn seinem Vater zum Judex bestellet werden[95]). Hierin lag kein Widerspruch, wie Merillius[96]), Schulting[97]) und Averanius[98]) gezeigt haben. Denn bey Bestellung eines

91) Zepernick ibid pag. 90. not. g. Pomponius L. 2. §. 29. D. de O. I. nennt sie zwar magistratus, allein in ganz uneigentlicher Bedeutung dieses Worts. Man sehe hiervon nach *Io.* Hop in der mehrmals angef. Diss. Cap. I. bey Oelrichs pag. 513. und Zepernick a. a. O. pag. 73. Ebenderselbe bemerkt auch gegen Siccama pag. 66. not e. daß die Centumviralrichter keine magistratus gewesen.

92) *L. 15. pr. D. de re iudic.*

93) *L. 55. D. eodem.*

94) *L. 10. D. de iurisdict.* Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel caeteris, quos secum habet.

95) *L. 77. D. de iudiciis.* In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest.

96) Observat. iur. Rom. lib. I. cap. 35.

97) Diss. de recusatione iudicis cap. IX. *§. 6.*

98) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 5.

Judex kam es zugleich auf die Einwilligung der streitenden Partheyen an[99]). Der Magistrat wählte zwar den Richter, allein hatte der Gegentheil gegründete Einwendungen, so konnte er denselben recusiren[100]). Wollte sich's nun der Gegner gefallen lassen, daß der Prätor den Vater in Sachen seines Sohnes zum Richter bestellte, den er doch verwerfen konnte, so stand nichts im Wege, warum derselbe nicht hätte Judex seyn können. Es war ja den streitenden Partheyen erlaubt, den Sohn in Sachen seines Vaters zum Schiedsrichter anzunehmen[1]). Warum also nicht zum Judex Pedaneus? Der Grund ist ganz der nämliche. Denn auch das Compromiß hieng von dem freyen Willen der Partheyen ab. Folglich müssen sie sich auch den Ausspruch des Schiedsrichters gefallen lassen[2]). Wenn Paulus[3]) zum Entscheidungsgrunde anführt: Quippe iudicare munus publicum est, so bezieht sich dieß ohne Zweifel darauf, daß in Sachen, die das Richteramt des Sohnes betref-

99) CICERO *pro Cluent.* cap. 43. Neminem voluerunt maiores nostri, non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima, esse iudicem, *nisi qui inter adversarios convenisset.* Add. VALERIUS MAX. lib II. cap. 8. ex. 2. et ad Eundem VORSTIUS atque TORRENIUS in Notis.

100) SCHULTING cit. Dissert. Cap. VI. §. 2. et cap. VIII. §. 2.

1) *L. 6. D. de recept. arbitr.* Quin etiam de re patris dicitur filiumfamilias arbitrum esse: nam et iudicem eum esse posse, plerisque placet.

2) *L. 27. §. 2. D. eodem.* — Sibi imputet, qui compromisit. Mit Recht schließt Averanius *a. a. O.* n. 19. hieraus: Cum iudex itidem invito non daretur, sibi imputare debet, si quis iudicem in causa filii patrem accepit.

3) *L. 78. D. de iudiciis.*

betreffen, die Rechte der väterlichen Gewalt in keine Betrachtung kommen, noch Vater und Sohn wie sonst in Sachen, die auf Privat- und Familienrecht ihre Beziehung haben, für eine Person gehalten werden können [4]). Es erhellet übrigens hieraus, daß Johann Dominicus Marcucius [5]) irrt, wenn er die *L. 77. D. de iudic.* blos auf gewisse feyerliche Privathandlungen, z. E. Adoption, Manumission [6]), oder nur auf solche Privatgeschäfte einschränken will, wo es blos auf den Gerichtszwang ankommt, z. B. wenn der Vater sich weigerte, eine Erbschaft anzutreten, und abzuliefern, so konnte ihn der Sohn, als obrigkeitliche Person, auf Ansuchen des Fideicommißarischen Erben durch Zwangsmittel hierzu anhalten [7]). Denn einmal gehörte so wenig die Bestätigung feyerlicher Privathandlungen, als der Gerichtszwang in den Wirkungskreis eines Judex Pedaneus. Zum andern redet Afrikanus ausdrücklich von *negotiis privatis*. Hierunter sind aber, wie Averanius [8]) richtig bemerkt, keine andern als privatae controversiae, de quibus privata iudicia peraguntur, zu verstehen. Denn daß das Wort *negotium* in der Sprache unserer Gesetze so viel als einen Rechtshandel, oder Proceß, lis, contro-

4) In iis enim, quae ad ius publicum pertinent, filius non sequitur ius patriae potestatis. *L. 14. D. ad SCtum Trebell.* sed loco patrisfamilias habetur. *L. 9. D. de his, qui sui vel al. iuris sunt, L. 6. D. quod cuiusq. universit. L. 2. D. de muner. et honor.*

5) Variar. Explanation. iuris lib. III. cap. 72. (*cum praefat. Ge. Ad.* STRUVII *Ienae 1683. denuo edit. 4.*)

6) *L. 3. D. de adopt. L. 18. D. de manumiss. vindict.*

7) *L. 13. in fin. D. ad SCtum Trebell.*

8) am angef. Orte S. 19.

troversia, bedeute, ist etwas bekanntes [9]). Einen dritten Unterschied zwischen Magistratus und iudex in Absicht auf die Handlungen beym Proceße, welche theils actus in iure, theils actus in iudicio waren, übergehe ich hier mit Stillschweigen, weil ich davon schon an einem andern Orte dieses Commentars [10]) gehandelt habe. In der Folge hat jedoch der Unterschied zwischen *magistratus* und *iudex* bey den Römern aufgehört. Schon durch eine Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian [11]) wurden die Praesides provinciarum angewiesen, in solchen Sachen selbst zu cognosciren und Recht zu sprechen, wo es vorher gewöhnlich war, iudices pedaneos zu bestellen. Nur dann, wenn sie durch öffentliche Geschäfte, oder durch die zu grosse Menge der Processe gehindert würden, selbst zu cognosciren, sollte es ihnen erlaubt seyn, iudices zu bestellen. Ausgenommen wurden jedoch Freyheitssachen, in diesen sollten sie schlechterdings selbst Recht sprechen. Durch diese Verordnung ward also mos iudicum dandorum noch nicht ganz aufgehoben. Kaiser Julian [12]) erlaubte nachher den Praesidibus in allen geringfügigen Sachen iudices zu bestellen, sie möchten gehindert seyn, sie selbst zu entscheiden oder nicht. Allein unter

9) *L. 16. D. de legationib. L. 34. D. de iure fisci. L. 12. C. de appellat.* Daher kommt auch die Redensart negotium facere alicui, welches so viel ist als aliquem litibus vexare. S. *L. 1. D. de calumniat. L. 5. D. de obsequiis parent. L. 6. Cod. de testib.* Conf. BRISSONIUS de Verb. signif. sub voc. *Negotium* n. 6 pag. 898.

10) I. Th. §. 1. S. 8.

11) *L. 2. C. de pedan. iudic.* NOD cit. Diss. de iudicibus etc. Cap. ult.

12) *L. 5. C. eodem.*

unter Justinian hatte dieser Gebrauch ganz aufgehört. Denn in §. *ult. I. de Interdict.* sagt er ganz apodictisch: *omnia iudicia hodie esse extraordinaria*[13]). Man findet jedoch schon vorher, daß in unsern römischen Gesetzbüchern der Name Iudex nicht selten für eine obrigkeitliche Person genommen wird[14]).

Die Teutschen unterschieden ebenfalls Magisträte, Richter und Urtheiler, wie aus den Gesetzen und Urkunden des Mittelalters bekannt ist[15]). Die Magisträte, nämlich Bürgermeister und Rathmänner, verwalteten nur die Policey, und hatten mit Rechtssachen nichts

13) Justinian gedenkt zwar noch in der *Nov. LXXXII* der Iudicum pedaneorum. Allein diese waren von jenen ältern iudicibus ganz verschieden, wie Schulting in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 26. zeigt. Denn diese hatten eine iurisdictionem mandatam: ihnen konnten Rechtserörterungen von allerley Art, sie mochten factum, oder ius betreffen, übertragen werden; sie hatten auch ihre Executoren, wie aus *cap. 7. Nov. 82.* erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING Diss. de Recusatione iudicis Cap. XII. §. 2. und MALBLANC Conspect. R. I. §. 29.

14) Eben dieses hat auch schon längst *Lud.* CHARONDAS Πιθανῶν lib. I. cap. 3. bemerkt. Ganz richtig erklären daher *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. 3. und *Henr.* BRENKMANN in Diss. de Legum inscriptionibus §. 14. den Ausdruck Iudex in *L. 5. pr. D. de agnosc. et alend. lib.* in Gemäßheit der Inscription dieser Stelle vom Consul; und Hr. Dir. Zepernick beweißt in seinen eleganten Anmerkungen zum SICCAMA de iudicio centumv. pag. 93. daß unter iudex maior in *L. 32. §. 7. D. de recept. qui arbitr. recep.* eine obrigkeitliche Person, nämlich ein Consul oder Präses der Provinz zu verstehen sey.

15) Man sehe *Io. Th.* SEGERI Progr. de differentia iudicum et magistratuum iuris dicundi apud Germanos. Lipsiae 1774.

zu thun [16]). Die Richter, welche man auch Grafen oder Graven, Schultheißen, Pfleger u. s. w. [17]) zu nennen pflegte, verwalteten die Justiz in den ihnen untergebenen Districten, welche man Gauen nannte. Urteiler endlich nannte man die Beysitzer oder Schöffen in den Grafengerichten, nach deren Rath das Urteil gesprochen wurde [18]). Denn kein teutscher Richter konnte für sich ein Urteil sprechen, sondern er hatte dazu seine Schöpfen, welche aus dem ihnen vorgetragenen Rechtsfalle das Urtheil finden und ertheilen mußten, welches der Richter sodann aussprach [19]). Das sächsische Landrecht sagt dieses ausdrücklich [20]): Der Richter soll gleicher Richter seyn allen Leuten zu richten. Urtheilen soll er auch mit Rath, und selbst weder Urtel finden noch schelden: d. i. der Richter soll weder nach eigenem Gutdünken ein Urtheil geben, noch das ausgesprochene Urtheil verwerfen und abändern [21]); sondern er soll die Schö-

16) Hymmen's Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten, 1ste Samml. S. 200. folg.

17) THOMASIUS in Diss. de iurisdict. et magistratuum differentia sec. mores Germanor. Th. 65. sqq.

18) S. WALCH Glossar. german. interpretat. Const. crim. Carol. inserv. s. v. Urteiler.

19) S. Kopps ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. u. civil Gerichte in Hessen. I. Th. 3. St. 1. Abth. §. 172. S. 230. u. 3. Abth. §. 238. S. 311. am Ende u. folg. auch Meckbach's Anmerkungen über den Sachsenspiegel S. 72. u. 714.

20) III. Buch. Art. 30.

21) Sonst heißt ein Urtel schelten in der Sprache unserer Vorfahren eigentlich so viel, als wider ein Urtheil appelliren, sich

Schöpfen um Rath fragen, und was diese für Recht halten, dabey solle es bleiben[22]). Eben so naiv als treffend spricht die Glosse[23]) Wer in gehegtem Ding (Gericht) sitzet, und zu gebieten oder verbieten hat, der ist Richter, und nicht, der daselbig halten muß. Der aber, so das Urtel findet, muß solches thun um jenes Gebots willen, darum ist nochmals, der das Urtel fraget, der Richter, und nicht, der es findet[24]). Von den Gerichtsschöpfen der alten Teutschen werde ich bey einer andern Gelegenheit[25]) noch ausführlicher handeln. Endlich unter dem Namen der Obrigkeit, oder, wie es im Style der peinlichen Gerichtsordnumg eigentlich heißt, Oberkeit wurde theils der Gerichtsherr, und dessen gerichtliche Gewalt[26]), theils der Oberrichter, oder ein oberes landesherrliches Justiz-Collegium[27]) verstanden, wie Walch[28]) aus der Vergleichung der Carolinischen und Bambergischen Halsgerichtsordnung sehr ausführlich gezeigt hat.

Allein heutiges Tages werden die Benennungen Magisträte, Obrigkeiten und Richter meist als gleichbedeutend genommen, indem die Magisträte in der Folge

sich an den höhern Richter davon berufen. Meckbach in den Anmerkungen über den Sachsenspiegel ad lib. III. art. 30. S. 710.

22) Kopp im angef. Buche I. Th. 4. St. §. 401. S. 458. sqq.

23) *Glossa Iur. Prov. Saxon.* Lib. III. Art. 78.

24) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. III. §. 3.

25) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 527. S. 445. ff.

26) P. G. O. Art. 127. u. 207.

27) P. G. O. Art. 7. 11. 124. 154. 165. 196. 204. 206. 219.

28) cit. Glossario voc. Oberkeit S. 394. folg.

auch die Gerichtsbarkeit theils vom Landesherrn, theils von denen, die damit beliehen waren, an sich brachten [29]; und derjenige, welchem die Gerichtsbarkeit zusteht, in streitigen Rechtsfällen, nur peinliche ausgenommen, als bey denen die Gesetze die Gegenwart gewisser Beysitzer ausdrücklich vorschreiben, gemeiniglich selbst das Urtheil spricht, und auch dasselbe zur Vollziehung bringt [30].

§. 191.

Eintheilung der teutschen Gerichtsbarkeit in die persönliche, dingliche und patrimonial Gerichtsbarkeit.

Die heutige Gerichtsbarkeit ist nun von sehr verschiedener Art. Man kann sie eintheilen

I) in Ansehung des Rechts, mit welchem sie Jemand zustehen kann. In dieser Rücksicht ist sie entweder eine persönliche (*personalis* s. *administratoria*) oder eine dingliche Gerichtsbarkeit (*iurisdictio realis*), je nachdem sie entweder bloß zur Verwaltung, vermittelst eines öffentlichen Amtes, oder als ein eigenes Recht verliehen worden ist. Die persönliche Gerichtsbarkeit wird entweder von mehreren, die ein Collegium ausmachen z. B. Canzleyen, Hofgerichten, Regierungen; oder von einzelnen Justiz-

29) Hymmen's Beyträge zur jurist. Litteratur I. Sammlung S. 201. ff.

30) Ganz richtig schreibt daher Heineccius in Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. §. 1327. und 1328. *Non autem hodie obseruatur discrimen inter ea, quae* IN IURE, *et quae* IN IUDICIO *fieri dicuntur. — Quumque hodie omnia iudicia sint extraordinaria* (§. ult. I. de Interdict.) *ipse magistratus et cognoscit, et sententiam fert, et eandem exsequitur.* Man sehe auch MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 135.

Justizbeamten ausgeübt, daher die Amtsgerichte entstehen. Sie kann auch außerordentlicher weise Jemanden vermöge eines besondern Auftrags zustehen. Die dingliche Gerichtsbarkeit hingegen ist wieder von zweyerley Art. Sie kann entweder als Anhang und Zubehörung eines bestimmten Grundstücks dergestalt verliehen worden seyn, daß sie mit demselben auf jeden Besitzer übergeht; hier wird sie die Patrimonial- oder Erb- oder Gutsgerichtsbarkeit (*iurisdictio patrimonialis s. praediatoria*) genennt: oder sie steht ohne Rücksicht auf den Besitz eines Grundstücks entweder einer moralischen Person d. i. einer ganzen Gemeinheit, z. B. einer Academie, einem Domcapitul, einer Stadt oder Zunft, oder einer einzelnen Person, oder einer gewissen Familie als ein eigenthümliches Recht zu. Diese wird die eigene oder dingliche Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung (*iurisdictio propria s. realis in specie talis*) genennt [31]). Das römische Recht kennt keine dingliche Gerichtsbarkeit, wenn gleich Molinäus [32]) aus einer unrichtig verstandenen Novelle des Kaisers Justinian [33]) dieses zu behaupten suchte, welchen

31) Man denke hier an die häufigen Gerichtslehen, welche auch ohne den Besitz eines gewissen Grundstücks gegeben wurden. Viele Beyspiele hat Hr. Hofr. Klüber in seiner Geschichte der Gerichtslehen gesammlet. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4205. not. a. und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 68.

32) in Consuetud. Paris. §. 2. gl. 4. n. 9.

33) *Nov. LXXX. cap. 2.* Die Worte: qui a nobis sunt iudices constituti, sind nicht, wie Molinäus irrig dafür hält, auf die vorhergehenden agricolarum domini zu ziehen, sondern sie gehen auf die vom Justinian bestellten Richter, vor welchen die

chen *Charle* LOYSEAU [34]) und HERALDUS [35]) deshalb gründlich widerlegt haben. Sie ist also unstreitig teutschen Ursprungs, daher kann das römische Recht, in soferne dieses die bey den Römern allein üblich gewesene persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, auf dieselbe schlechterdings nicht angewendet werden. Allein so gewiß dieses ist, so wenig kommen die Rechtsgelehrten darin mit einander überein, aus was für einer Quelle dieselbe herzuleiten sey. Sehr viele behaupten, daß diese Art der Gerichtsbarkeit eine Reliquie der ehemaligen Leibeigenschaft sey [36]). Dieser Meinung stimmt auch unser Verf. bey. Man sagt, die herrschaftliche Gewalt, welche den adelichen Gutsbesitzern über ihre Leibeigene zugestanden, habe ihnen in den Zeiten, wo Selbsthülfe in Teutschland erlaubt und unentbehrlich war, die

die Processe zwischen den Gutsherrschaften und ihren Bauern summarisch und ohne Aufenthalt verhandelt werden sollten, wie man aus der richtigern Hombergischen Uebersetzung dieser Novelle ganz deutlich sieht. Man sehe *Io. Pet. de* LUDEWIG in Diss. de praediatoria iurisdictione nobilium ad Nov. 21. et 80. (*Halae 1742.*) Different. 3.

34) des Seigneuries Chap. X. n. 47.

35) in Rerum Quotidianar. quaestionib. lib. I. cap. 7. n. 2.

36) Kopp Nachricht von der Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen. I. Theil 3. St. 6. Abtheil. S. 249. ff. HEINECCIUS in Diss. de origine atque indole iurisdict. patrimonialis. Halae 1716. §. 18. u. f. GUNDLING in Protis Dig. h. t. §. 26. pag. 149. Riccius vom landsäß. Adel II. Th. Kap. XIX. §. 37. POTGIESSER de Statu Servorum. Lib. II. c. I. §. 33. sqq. und lib. V. cap. II. §. 16. *de* DALWIGK medit. iurid. de iurisdict. patrimon. Ienae 1754. p. 3. Beneckendorf Oeconom. For. I. Theil I. Hauptst. §. 85. Runde teutsch. Privatrecht §. 702.

die Befugniß gegeben, sich selbst durch Strafen und Zwangsmittel zu dem zu verhelfen, was sie von ihren Bauern zu fordern hatten. Diese ehemalige Gewalt sey nach geschehener Verbesserung des Justizwesens in Teutschland in eine förmliche Gerichtsbarkeit verwandelt worden, welche den Namen der Patrimonialgerichtsbarkeit daher erhalten, weil sie ein zum Patrimonium gehöriges veräusserliches Recht ist. Allein die mehresten Rechtsgelehrten verwerfen jene Meinung, und wollen vielmehr den Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit in ausdrücklichen oder stillschweigenden Concessionen der Regenten setzen[17]. Und diese letztere Behauptung scheint allerdings gegründeter zu seyn. Denn die herrschaftliche Gewalt gab den adelichen Gutsbe-sitzern

17) Dieser Meinung sind unter andern LEYSER Specim. XXIX. med. 4. *de* LUDEWIG Diss. de praediat. iurisdict. nobil. Diss. fer. V. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. III. Cap. I. §. 225. *de* LUDOLF Observat. For. obs. CVIII. p. 295. von Buri Erläuterung des in Teutschl. üblichen Lehnrechts IV. Forts. S. 35. ff. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. selectior. forens. Specim. I. Obs. 43. pag. 192. KRESS Diss. de variis iurisdict. crim. generib. Cap. II. Obs. V. §. 6. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. II. §. 2. IARGOW in der Einleitung zu der Lehre von den Regalien S. 234. Meister Abhandl. vom peinl. Processe S. 459. ff. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. §. 563. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 6. PÜTTMANN Elem. iuris crim. Lib. II. c. IV. §. 728. Schnaubert im Staatsrechte der gesammten Reichslande §. 322. Lobethan von der Gerichtsbarkeit I. Th. 2. Abschn. 1. Hauptst. §. 6. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 364. ff. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205. nr. II. und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 73.

sondern blos das Recht zum **Dienstzwange**, dieser aber ist von der Patrimonialgerichtsbarkeit ganz verschieden, es ist auch nicht erweißlich, daß die Edelleute und andere Gutsherren vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt das Recht gehabt hätten, ihre Bauern vor sich, als ihre Richter, zu laden, und ihre unter einander oder mit Fremden habende Streitigkeiten wider ihren Willen zu entscheiden, sie mußten vielmehr die Untersuchung und Entscheidung derselben der ordentlichen Obrigkeit überlassen. Daher man noch heutiges Tages in verschiedenen Landen, wo noch Leibeigenschaft herrscht, adeliche Gutsbesitzer antrift, welchen keine Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, wie auch diejenigen nicht läugnen können, die die entgegengesetzte Meinung vertheidigen[38]). Dahingegen finden wir in denjenigen Ländern, wo man keine leibeigene Bauern gehabt hat, eben so frühe Spuren einer Erbgerichtsbarkeit. Es ist daher mehr glaublich, was der sel. Canzler v. **Ludewig**[39]) behauptet hat, daß die teutschen Landesherren dem niedern Adel zur Vergeltung des von denselben übernommenen Lehnsnexus die Patrimonialgerichtsbarkeit verliehen haben, um andere zugleich dadurch anzulocken, ihnen ihre freye Allodien zu Lehn aufzutragen. Hieraus läßt sich wenigstens erklären, warum die Patrimonialgerichtsbarkeit den Adelichen bey ihren Gütern und mit denselben meistentheils als ein Lehn zusteht, bey den Allodialgütern derselben aber nur sehr selten angetroffen wird. Noch eins fällt mir hierbey ein; wenn alle adeliche Herrschaften die Jurisdiction vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt über ihre Leibeigenen gehabt hätten,

wozu

38) POTGIESER lib. II. cap. I. §. 36.

39) cit. Differtat. different. V. und in praef. iuris clientel.

wozu wäre es nöthig gewesen, in den Provinzen mit nicht geringen Kosten Gaugrafen und Landrichter zu unterhalten[40])? Und wie hätte der Verfasser des Allemannischen Landrechts[41]) sagen können: Niemand mag gesprechen, daß ein Gericht sein eigen sey? Ein Beweiß, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit eine Erscheinung neuerer Zeiten seyn müsse. Denn in den Urkunden des zehnten und eilften Jahrhunderts finden sich noch keine sichere Spuren von derselben. Ob sie indessen noch vor dem dreyzehnten Jahrhundert aufgekommen sey, ist streitig. Lochmann[42]) bemüht sich, solches zu erweisen. Allein die Urkunden, die er anführt, gedenken der Erbgerichte nicht ausdrücklich. Ich nehme diejenige aus, welche er vom Jahr 1187 anführt[43]). Allein auch diese beweißt vielmehr unsern Satz, daß der Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus landesherrlicher Conceßion herzuleiten sey. Eine Menge Urkunden des dreyzehnten Jahrhunderts läßt uns noch weniger hieran zweifeln[44]). Diese beweisen zugleich

40) Mit dem Ursprunge der adelichen Gerichten kamen in der Folge die sogenannten Landgerichte ab. S. Entwurf einer gründl. Nachricht von den ehemal. Landgerichten in Teutschland.

41) cap. 9. pag. 147. nach der Bergerschen Ausgabe.

42) in Diss. de iurisdictione patrimoniali. *Lipsiae 1766. §. 6.*

43) bey MENCKEN in Scriptor. Rer. Germ. T. I. pag. 589. wo Bischoff Hartwich von Bremen in einer Stiftungsurkunde sagt: Donamus eis etiam *Horst* et *Stare* cum banno, decimis et *omni iurisdictione.*

44) Siehe Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts a. angef. Orte S. 367. Not. a.

zugleich, daß vor geschehener Concession die Landesherren entweder selbst oder durch ihre Beamten die Gerichtsbarkeit über die Bauern und Leibeigenen der adelichen Gutsherrschaften haben verwalten lassen[45]. Ich übergehe andere Gründe[46], und bemerke nur noch, daß die so sehr bestrittene Frage, ob im Zweifel die Vermuthung für den Edelmann streite, daß ihm die Gerichtsbarkeit über seine Bauern zustehe? aus jenen Prämissen lediglich zu entscheiden sey. Sie wird von allen denjenigen bejahend beantwortet, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit für eine Folge der ehemaligen Leibeigenschaft halten[47]. Von denjenigen aber verneinet, welche über den Ursprung der Erbgerichte mit uns einerley Meinung sind[48]. Es muß daher billig der Edelmann, welcher sonst keine Vermuthung für die Befugniß seiner Gerichtsbarkeit anzuführen weiß, als daß die Bauern, über die er sich solche anmaßt, nach seinem Hofe oder Gute frohnen, oder Zinß entrichten[49], beweisen, daß ihm die Ge-

45) Eine sehr merkwürdige Urkunde vom Jahr 1302. aus WILCK Ticemanno. f. vita Theodorici n. 127. führt Hr. Prof. Biener in Diss. de iurisdictione ordin. et exemta (*Lipsiae 1777.*) Cap. II. §. 13. in fine an.

46) Man vergleiche noch Joseph Edler von Seifried Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit in Bayern 1. Th. München 1791. 8. und Desselben Abhandl. von Erbgerichtsherrschaften.

47) POTTGIESSER a. a. O. §. 47. pag. 339. HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. Tit. I. §. 52 — 60.

48) von Buri Erläuterung des Lehnrechts a. a. O. S. 39. von Selchow Elem. iuris germ. §. 290.

49) Man sagt zwar insgemein, wer das Rauchhuhn und den Hofedienst hat, sey für den Gerichtsherrn zu

Gerichtsbarkeit entweder von dem Landesherrn verliehen worden, oder daß solche von undenklicher Zeit her bey seinem Gute hergebracht oder sonst rechtmäßig erworben sey [50]). Die Meinung einiger Rechtsgelehrten, als ob die Patrimonialgerichtsbarkeit gewöhnlich mit den Lehngütern verbunden sey [51]), kann den Vasallen, sofern derselbe vom Landesherrn in Anspruch genommen wird, von der Edition seines Titels nicht befreyen, wenn ihm nicht etwa, wie in Mecklenburg und Pommern, die Observanz zu statten kommt [52]).

§. 192.

zu halten, S. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur I. Samml. S. 215. und POTTGIESER §. 44. allein schon Grundmann in der Abelshistorie Kap. I. S. 17. Not. 1. bestreitet dieses Kennzeichen. Man sehe auch Bodmann vom Rauchhuhn, in Siebenkees Beyträgen zum teutschen Recht. 5. Th. Nr. 1.

50) Es ist merkwürdig, daß HEINECCIUS in Diss. de orig. et ind. iurisd. patrim. §. XXI. seiner entgegengesetzten Meinung von dem Ursprunge der Patrimonialgerichtsbarkeit ungeachtet, dennoch hierinn völlig mit mir übereinstimmt. Die Art, wie er diese Folge mit seinem Grundsatze in Verbindung bringt, ist folgende. *Cum iurisdictio,* sagt er, *conniventibus principibus ex potestate in rusticos dominica nata sit, atque adeo nulla pro nobilibus militet praesumtio, quod iis concessa sit iurisdictio, merito sibi princeps titulum edi postulat, nec sufficit adeo, quae alias sufficere aliquamdiu solet, nuda possessio.* Allein wer fühlt das Gezwungene dieser Vorstellungsart nicht? Von den verschiedenen Erwerbungstiteln der Patrimonialgerichtsbarkeit handelt MALBLANC in Conspect. rei iudic. §. 70.

51) BEYER in Delineat. iur. Germ. lib. I. cap. IV. §. 13. WERNHER lect. Commentat. ad Dig. h. t. §. 32.

52) MEVIUS P. II. Decis. 314. n. 4. TORNOV de feud. Mecklenburg. Sect. II. cap. 5. §. 5. TADDEL Diss. de iurisdictione patrimoniali sec. iura Mecklenb. *Rostochii 1765.* §. 5. 7. 13.

§. 192.

Beschaffenheit und Umfang der Patrimonialgerichtsbarkeit. Kann der Gerichtsherr seine Unterthanen bey seinem Gerichte belangen?

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist nun ihrer Beschaffenheit nach als eine Zubehörung desjenigen Gutes anzusehen, an welchem sie klebt, und gehört zu dem eigenen Vermögen des Gutsbesitzers [53]). Dieselbe kann daher ein jeder haben, welcher die Befugniß hat, solche Güter, mit denen sie verbunden ist, zu besitzen. Es kommt nicht darauf an, daß der Besitzer auch die zur Verwaltung des richterlichen Amtes erforderlichen Fähigkeiten habe. Denn ich rede hier nur von der Patrimonialgerichtsbarkeit an sich selbst, als einem zum Patrimonium gehörigen Rechte, nicht von der Ausübung derselben. Daher kann sie auch Frauenspersonen, Minderjährigen u. s. w. zustehen [54]). Nur muß in einem solchen Falle zur Verwaltung der Patrimonialgerichtsbarkeit von der Gerichtsherrschaft ein Gerichtshalter oder Justiziarius ernannt werden [55]). Sonst hängt es von der Willkühr des Gerichtsherrn ab, ob er, insofern er nämlich die erforderlichen Rechtskenntnisse, und die übrigen Eigenschaften eines Richters besitzen sollte, die ihm zustehende Gerichtsbarkeit selbst ausüben [56]), oder zur Aus-

53) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, I. Th. II. Abschn. §. 23.

54) *Io. Henr.* GRAMS Exercit. de foemina, iurisdictionem patrimonialem habente. *Altorf. 1706.* LOCHMANN Diss. de iurisdict. patrimon. §. VII. pag. 22.

55) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4205. nr. III.

56) Ein Patrimonialgerichtsherr, welcher die Gerichtspflege persönlich verwalten will, muß jedoch auch auf das Richteramt

Ausübung derselben einen Gerichtshalter bestellen will[57]; nur darf sich in diesem Falle der Patrimonialgerichtsherr in die gerichtlichen Verfügungen nicht mischen, welche dem beeidigten Justiziarius übertragen sind[58]). Hiervon wird unten in der Lehre von der iurisdictione mandata (§. 208.) ein mehreres vorkommen.

Da die Patrimonialgerichtsbarkeit zu dem eigenen Vermögen des Besitzers gehört, so wird sie als ein veräusserliches Recht angesehen, welches auch zu Gelde angeschlagen werden kann[59]). Es steht daher dem Gutsherrn frey, dieselbe sowohl mit als ohne das Gut, worauf sie haftet, zu veräussern[60]), zu verpachten[61]), zu verpfänden[62]), und

F 2 durch

amt eidlich verpflichtet seyn. Ohne eine solche eidliche Verpflichtung ist die persönliche Verwaltung des Richteramts ganz unzuläßig. Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 2. u. 3. S. Frid. von Bülows und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erört. XXIX. S. 243. f. Anderer Meynung ist jedoch Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts 2. Th. §. 539. S. 19.

57) BROCKES Obs. 362. *Goth.* BARTH Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per Officiales exercere solent. *Lipsiae 1698.* et in Vol. Dissert. p. 463. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 374.

58) von Bülow und Hagemann a. a. O.

59) Eine Hauptschrift ist *Mich.* GRASSI Tract. de modo et iure taxandi iurisdictionem. *Tubingae 1724.* 4.

60) Moser von der teutschen Justizverfassung 1. B. S. 49. Meisters Abh. des peinl. Processes 4. Th. Hptst. 11. §. 2.

SCHWE-

durch jeden andern Titel einem andern zu überlassen[63]. Es ist hier noch zu bemerken, daß bey dem Anschlage der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht blos der Nutzen und Ertrag derselben z. B. an Sporteln und Geldbussen, sondern vorzüglich auch die damit verknüpfte Ehre und Würde eines Gerichtsherrn in Betrachtung kommt[64], wodurch, nach der Meinung practischer Rechtsgelehrten[65], der Werth der Gerichtsbarkeit dergestalt erhöhet wird, daß wenn die Gerichtseinkünfte z. E. des Jahrs nur 200 fl. betragen, dennoch dieselben der Würde halben zu 500 fl. jährlichen Ertrages

SCHWEDER Diss. de iurisdictione per investituram feud. concessa §. 11. in Collect. Diss. Tom. I. Diss. XXII.

61) HEINECCIUS de locatione conductione iurisdictionis *Halae 1738. Iac. Aug.* FRANCKENSTEIN Disp. de locatione iurisdictionis. *Lipsiae 1747.* Ist das Gut mit allen Zubehörungen, ohne ausdrückliche Ausnahme der Patrimonialgerichtsbarkeit, verpachtet worden, so ist dieselbe im Zweifel unter dem Pachtcontract mit gegriffen. CARPZOV Resp. iuris Lib. V. Tit. III. Resp. 15. n. 5. sqq. et in Disputat. feudal. Cap. IV. §. 24. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandectar. lib. XIX. Tit. II. §. 20. STRYK Us. Mod. Pandect. eod. lib. et tit. §. 67. Ausserdem hat der Pächter die Vermuthung gegen sich. STRYK Cautel. Contract. Sect. II. Cap. IX. §. 11. STRUV Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4. FRANCKENSTEIN cit. Disp. §. XV.

62) *Gust. Henr.* MYLII D. de oppignoratione iurisdictionis. *Lipsiae 1742.*

63) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 68.

64) MALBLANC c. l. pag. 136. not. g.

65) GRASSUS cit. Diss. §. IX. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. Lib. XVIII. Tit. I. §. 57. in fin. MÜLLER ad STRUVII Synt[illegible]v. Ex. XXIII. Th. 19. Not. ς. n. X.

trages angeschlagen werden können. Weil jedoch die Jurisdictionsnutzungen unbeständig, und bald steigend bald fallend sind, so ist der Ertrag derselben jederzeit aus mehreren Jahrgängen, z. B. aus einem Ueberschlage von 10 Jahren, zu berechnen, und das Ganze mit der nämlichen Jahrzahl, die man angenommen hat, z. B. mit 10 zu dividiren, um zu wissen, was die Gerichtsbarkeit ein Jahr in das andere gerechnet ertragen möchte. Dieses jährliche Einkommen wird zum Capital geschlagen, in dem projectirten Anschlag darauf der Calculus gezogen, und als der wahre Werth der Patrimonialgerichtsbarkeit ausgeworfen[66].

Der Umfang derselben muß theils aus den darüber sprechenden Privilegien, theils aus der Verfassung und dem Herkommen eines jeden Landes beurtheilt werden[67]. Im Zweifel ist sie bloß auf die niedere oder die Civilgerichtsbarkeit einzuschränken, bis ein mehreres erweißlich gemacht werden kann[68]. Jedoch erstreckt sich dieselbe über alle in dem Districte des Gutes wohnende, oder sich aufhaltende Personen, und sowohl über die Bauern und Leibeigene, als über freye und fremde Personen, insofern nicht etwa ein privilegirter Gerichtsstand eine Einschränkung machen sollte[69]. Allein die Ehefrau und Kinder des Gerichts-

 herrn

66) Beyspiele von solchen Berechnungen findet man bey GRASSUS in dem anges. Tract. pag. 91. et sqq.

67) Pütters Rechtsfälle II. Bandes IV. Theil Resp. 238. n. 100. S. 1047.

68) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts IV. Buch 2. Hauptst. §. 704. MALBLANC Conspect. rei iudiciariae §. 75.

69) *de* BOEHMER in Meditat. in Const. crim. Carol. Art. II. §. 2.

herrn sind der Patrimonialgerichtsbarkeit desselben nicht unterworfen[70]). Diesen kommen die Rechte des Gerichtsstandes ihres Vaters und resp. Mannes zu[71]). Der Gerichtsherr selbst aber stehet nicht unter seinen Gerichten, sondern dieser muß, nachdem er amtssässig oder schriftsässig ist, entweder vor der höhern Instanz oder vor dem Amte belangt werden[72]).

Ob die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in eigenen Ansprüchen des Gerichtsherrn an seine Unterthanen zuständig sey? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Soviel ist wohl außer Zweifel, daß wenn der Gerichtsherr seine Gerichtsbarkeit in eigener Person verwaltet, er nicht Richter in seiner eigenen Sache seyn könne[73]). Hier würde die *L. un. Cod. Ne quis in sua causa iudicet* gegen ihn volle Anwendung finden, wo es heißt: Generaliter lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere: *in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.* Heineccius[74]) meint zwar, das Römische

70) LEYSER Spec. XXIX. med. 6. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts II. Th. §. 564. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de filio iurisdictioni paternae patrimoniali non subiecto. *Lipsiae 1745.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205.

71) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Theil S. 381.

72) *Gottfr. Lud.* MENCKEN in Diss. de iure conveniendi subditos in proprio iudicio. (*Vitemb. 1717.*) §. XXIV.

73) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. XXXII. u. von Bülows und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. B. Erört. XXIX. S. 244.

74) in Diss. de dominis subditos suos in iudicio suo convenientibus. *Halae 1738.*

mische Recht könne hier keine Anwendung finden, weil die Patrimonialgerichtsbarkeit ein blos teutsches Rechtsinstitut sey, welches aus jenem fremden Rechte, das eine solche Gerichtsbarkeit gar nicht kenne, nicht beurtheilt werden dürfe. Allein hierin geht dieser sonst grosse Rechtsgelehrte offenbar zu weit; denn es bedarf wohl keines Beweises, daß jenes Römische Gesetz nicht auf der eigenen römischen Gerichtsverfassung beruhe, sondern in dem Urtheile der gesunden Vernunft, und der Nothwendigkeit einer unpartheyischen Justizpflege gegründet sey. Es muß daher auf eine jede Art der Gerichtsbarkeit Anwendung finden[75]) Wir setzen also bey der aufgeworfenen Frage eigentlich den Fall voraus, daß der Gerichtsherr die ihm zustehende Patrimonialgerichtsbarkeit nicht selbst ausübe, sondern daß zur Verwaltung derselben ein Gerichtshalter oder Justiziarius ernannt, und auf die Justizpflege beeidiget sey. Hier fragt sich nun, ob der Gerichtsherr seine Gerichtsunterthanen nicht bey seinem Justiziarius belangen könne, ohne daß solches für ein eigenrichterliches Verfahren zu halten sey? Mehrere Rechtsgelehrten entscheiden auch diese Frage verneinend[76]). Sie sagen, der Gerichtshalter sey doch immer nur als der Mandatar des Gerichtsherrn anzusehen, und stelle seines Principals Person vor, es sey also eben so gut, als ob der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit selbst ausübe.

 Man

75) S. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 385. ff.

76) Man vergleiche *de* CANNGIESSER Collection. Decisionum Hasso-Cassellanar. Tom. I. Decis. 77. et 78. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXVIII. medit. I. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 4. Th. S. 384. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205. pag. 635.

Man müßte ja auch die Menschen nicht kennen, wenn man läugnen wollte, daß hier der Einfluß des Gerichtsherrn auf die Direction und Entscheidung des Processes unvermeidlich sey. Der Gerichtshalter sey von dem Gerichtsherrn abhängig, diesem habe er seinen Dienst und vielleicht sein ganzes Glück zu verdanken. Welche Nachtheile müßte er also nicht von der Unzufriedenheit seines gnädigen Herrn befürchten? Wie lasse sich also bey solchen Verhältnissen, in welchen der Justiziarius mit seinem Gerichtsherrn steht, eine unpartheyische Justiz erwarten? Diese Rechtsgelehrten behaupten daher, daß dem Gerichtsherrn das Recht, seine Gerichtsuntersassen bey seinem Gerichtshalter zu belangen, anders nicht zustehe, als wenn Gesetze oder Gewohnheiten, welche jedoch in zweifelhaften Fällen immer zu beweisen wären, ihm dergleichen geben.

Kein Unbefangener wird gewiß diese Gründe unerheblich finden. Dennoch hat die entgegengesetzte Behauptung, daß jeder Gerichtsherr seine Gerichtsuntersassen vor seinen eigenen Gerichten belangen könne, in der Praxis die meisten Anhänger [77]) gefunden, und ich zweifle, ob sie durch jene Gründe widerlegt sey. Es ist, dünkt mir, ganz unrichtig, wenn

77) Außer Menken und Heineccius, deren Schriften schon Not. 72. und 74. sind angeführt worden, *Io.* HARTMANN in Diss. de iurisdictione in sua et suorum causa. *Ienae 1719.* §. 3. *Io.* SCHILTER Praxi Iur. Rom. Exercit. VI. §. 16. *I. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 32. *de* LUDEWIG de iure clientelari Germanor. Sect. III. cap. 4. Lit. d. Jac. Gottl. Sieber Abhandl. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren, selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1783. §. 264. ff. S. 340. ff. und Runde in den Grundsätzen des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 705. u. a. m.

wenn man glaubt, daß das Verhältniß zwischen dem Patrimonialgerichtsherrn und seinem Gerichtshalter blos und allein nach den Grundsätzen vom Mandat beurtheilt werden müsse. Es ist daher auch ganz unrichtig, wenn man glaubt, der Gerichtshalter hange bloß von der Gnade und Laune seines Gerichtsherrn ab. Nein! der Justiziarius verwaltet die Gerichtsbarkeit nicht im Namen des Patrimonialgerichtsherrn, der ihn bestellt hat, sondern im Namen des Staats, dem der Patrimonialgerichtsherr seine Gerichtsbarkeit zu verdanken hat. Er muß also auch eben so, wie ein Staatsbeamter, betrachtet werden, da ihm vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters, folglich ein fortdauerndes, mit dem Wohl des Staats unmittelbar zusammenhangendes Geschäft, übertragen wird. Der Unterschied zwischen Justiziarien und Landesherrlichen Beamten liegt bloß darin, daß jene mittelbare, diese aber unmittelbare Staatsbeamte sind. Ein Gerichtshalter darf daher eben so wenig, als jeder anderer Staatsdiener, nach Willkühr, sondern blos aus Gründen des Rechts, entlassen werden [78]) Wie wenig der Gerichtshalter als bloßer Mandatar von seinem Gerichtsherrn abhängig sey, beweißt insonderheit der Umstand, daß die Gerichtshalter nicht ihrem Gerichtsherrn verpflichtet werden, sondern der von ihnen abzulegende Eid blos auf strenge Handhabung der Gerechtigkeit und treue Erfüllung der Pflichten ihres Amts überhaupt gerichtet ist. Hierdurch erledigen sich also die Gründe jener verneinenden Meinung, und insonderheit der

78) S. *Christ. Dan.* ERHARD Diss. de administratore iurisdictionis patrimonialis munere suo indicta causa haud privando. *Lipsiae 1801.* Cap. 3. und KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 36. et Tom. III. cap. 61.

der aus einer Vermuthung der Partheylichkeit entlehnte Grund von selbst. Nicht zu gedenken, daß es schon an sich unbillig ist, aus einer etwa möglichen Furcht, die Gnade seines Herrn durch ein gegen ihn gesprochenes Urtheil zu verschertzen, gegen die Rechtschaffenheit eines in Pflichten stehenden Mannes ein Argument herzuleiten. Gesetzt indessen, der Gerichtshalter wollte auch seinem Gerichtsherrn favorisiren, und ihm eine unbillige Forderung zuerkennen, was würde ihm dieses helfen? Denn ohne Zweifel wird der verlierende Unterthan dagegen ein Rechtsmittel einwenden, und der Oberrichter wird das partheyische Erkenntniß sofort abändern. Und sollte denn auch wirklich, vorkommenden Umständen nach, eine Partheylichkeit von Seiten des Gerichtshalters zu besorgen seyn, so steht es ja der Parthey frey, den Richter zu perhorresciren. Zuletzt bestätigen meine Meinung auch verschiedene Landesordnungen ausdrücklich [79]), und der Gerichtsgebrauch nimmt sie gleichfalls an [80]). Ob nun gleich aus den angeführten Gründen der Gerichtshalter keine Nichtigkeit begeht, wenn er das Erkenntniß in Sachen seines Gerichts-Principals selbst abfaßt und eröffnet

79) z. B. die Sächsische Proceßordn. Tit. 2. §. 3. N. Preußisch. Gesetzbuch I. Th. Abth. 3. Tit. 5. Abschn. 1. §. 28. Von den Hannöverschen Landen bezeugt es Sieber in der angeführten Abhandlung §. 269. von dem Fürstenthum Calenberg PUFENDORF de iurisdictione germanica P. I. Cap. III. §. 41.

80) BERLICH Decis. CIX. n. 9. BRUNNEMANN Consil. CXLVI. vol. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. in for. Germ. Exerc. VI. §. 16. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 126. S. 299. BIENER Systema processus iudiciarii Tom. I. §. 15.

net[81]), insofern nicht etwa in den Landesgesetzen ausdrücklich befohlen seyn sollte, die Acten zur Abfassung eines Urtheils an eine unausgenommene Juristen-Facultät oder an ein Obergericht einzusenden; so ist es doch wenigstens der Klugheit gemäß, wenn der Gerichtshalter in dergleichen Fällen nicht selbst das Urtheil spricht, sondern die Entscheidung der Sache andern überläßt. Eine Cautel, die auch Hellfeld empfiehlt, wenn er gleich in der Hauptsache seine Meinung auf einen ganz unrichtigen Satz gebauet hat.

Uebrigens pflegen die Erbgerichte des Adels auf dem Lande noch mit verschiedenen Neben-Rechten verbunden zu seyn, welche theils aus der Natur der Leib- oder Gutsherrschaft, theils aus der auf dem Lande allemal dem Gerichtsherrn mit überlassenen Policey, theils aus besonderm Herkommen herrühren. Von diesen mancherley Rechten haben jedoch Carl Rudolph Gräfe[82]), und Herr Prof. Westphal[83]) schon ausführlich gehandelt.

§. 193.

81) Sieber in der angef. Abhandlung §. 271. Wenn LEYSER Spec. LXVIII. m. 4. aus Carpzov, Ziegler und Zanger beweisen will, daß der Gerichtshalter in des Gerichtsherrn Sache nicht selbst erkennen dürfe; so kann deren Zeugniß, da sich solches blos auf die Sächsische Proceßordnung gründet, in Absicht derjenigen Länder, wo das gemeine Recht gilt, von keiner Gültigkeit und Stärke seyn. Daß nicht einmahl nach der neuern Sächsischen Praxis die Versendung der Acten mehr nöthig sey, bezeugt WERNHER Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 219.

82) Diss. de iuribus praecipuis et singularibus iurisdictionis patrimonialis. *Lipsiae 1730.*

83) Teutsches Privatrecht I. Th. 7te Abhandl. S. 82. und folgg. Man vergleiche auch Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Theil S. 396. folgg.

§. 193.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die willkührliche und streitige.

Man theilt ferner die heutige Gerichtsbarkeit

II. nach Verschiedenheit der Sachen, welche sie zum Gegenstande hat, in die sogenannte willkührliche, (*iurisdictio voluntaria*) und die streitige (*contentiosa*) ein [84]. Diese hat die Untersuchung streitiger Rechtshändel, deren Entscheidung und Vollstreckung, jene hingegen solche Geschäfte zum Gegenstande, bey denen kein Rechtsstreit obwaltet, sondern wo es bloß auf Bestätigung des Richters, oder auf öffentliche Beglaubigung ankommt. Prüft man diese Eintheilung nach dem eigentlichen richtigen Begriff der Gerichtsbarkeit, und sondert die verschiedenen Gewalten, welche das Organ eines Staats ausmachen, die Herrschergewalt, die vollziehende, und die rechtsprechende Gewalt sorgfältig von einander ab, so erscheint sie eben so unrichtig, als unpassend die Ausdrücke sind, mit welchen man sie bezeichnet. Es ist nicht eine und dieselbe Gewalt, aus welcher eine öffentlich bestellte Person, welche Richter heißt, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach der Norm der Gesetze entscheidet, und aus welcher sie Adoptionen und Emancipationen bestätiget, oder Vormünder bestellt, und zur Rechnungsablegung anhält, oder zur Veräußerung der Pupillengüter Decrete ertheilt, oder Schenkungen über mehr als 500 Ducaten bekräftiget. Nur die erstere allein bezeichnet die richterliche oder rechtsprechende

84) C. Wolfg. Adam Lauterbachs Tract. de voluntaria iurisdictione. Tübingen 1658.

chende Gewalt: alle übrige Handlungen hingegen gehören nicht vor das Richteramt, als solches, sondern eignen sich vielmehr zur Wirkungssphäre der dem Richter zugleich anvertrauten Policeygewalt. Beyde sind der äußern Gesetzgebung im Staate untergeordnet; denn diese ist das unwandelbare Regulativ ihrer Thätigkeit. Beyde haben die Sicherung der bürgerlichen Rechte zum nächsten Zweck. Allein es ist doch nicht eine und die nämliche Sicherung der Rechte. Jene bezweckt zunächst die Sicherung und Wiederherstellung schon verletzter Rechte, die Läsion sey übrigens, welche sie wolle. Diese sichert gegen künftige Verletzungen, und verwahrt die Bürger gegen Beeinträchtigungen und mögliche Kränkungen. Die richterliche Gewalt im Staate ist also nur vorhanden, um über streitige Rechte zu entscheiden, und jedem das Seine nach den Gesetzen zuzuerkennen. Dieß ist es eigentlich, was man Rechtsprechen oder Richten nennt. (S. 6. nr. II.) Keine Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit sind also nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts Objecte der richterlichen Gewalt im Staate. Denn es gilt hier weder einer Bestimmung des Rechts, als Zweck der richterlichen Gewalt, noch einem streitigen Objecte. Sie sind also an sich gar keine Justizsachen. Besitzt nun eine öffentliche Person, außer jener bürgerlichen Fähigkeit, Recht zu sprechen, auch noch eine andere Gewalt, deren nächster Zweck nicht die Zuerkennung eines gekränkten oder in Anspruch genommenen Seinen nach den Gesetzen, sondern welche nur gegen mögliche und besorgliche Läsionen zu sichern bestimmt ist, so kann, ohne mit dem Princip dieser Gewalten in Widerspruch zu gerathen, für diese letztere nicht die erstere zum Grunde aufgestellt,

gestellt, folglich dieselbe keinesweges als Art der erstern angesehen werden, wie Herr Hofr. Gönner[85]) und Herr Prof. Krüll[86]) sehr ausführlich und einleuchtend gezeigt haben. Eben so wenig ist aber auch jene Eintheilung dem Römischen Rechte gemäß, wie der ehemalige Professer Johann Ernst Schröter zu Erlangen[87]) und Gottfried Heinrich Böttcher[88]) außer Zweifel gesetzt haben. Wir finden zwar die Benennungen *iurisdictio contentiosa* und *voluntaria* auch in unserm römischen Gesetzbuche[89]); allein ob sich eine iurisdictio voluntaria mit dem eigentlichen Begriffe der römischen Jurisdiction (S. 4.) vertrage, und ob die Römer den heutigen Begriff der freywilligen Gerichtsbarkeit mit ihrer iurisdictio voluntaria verbunden haben? ist eine Frage, die billig zu verneinen ist. Denn alle römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne dieses Worts hatte bloß bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstande, und stand

85) Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXVI. §. 10. u. 22.

86) Prüfung der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit aus dem richtigen Begriffe der Gerichtsbarkeit. In Desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 1. Bändchen Nr. I.

87) Diss. de divisione iurisdictionis in voluntariam et contentiosam. *Erlangae 1747.* 4.

88) Commentat. Quae sint origines et fundamenta distinctionis inter iurisdictionem contentiosam et voluntariam. *Hannoverae 1799.* 8.

89) *L. 2. D. de Offic. Proconf.* Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem. Sed non CONTENTIOSAM sed VOLUNTARIAM: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri.

stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, iure magistratus zu. Die iurisdictio voluntaria hingegen war nichts als legis actio, welche, wie ich oben (S. 10.) gezeigt habe, von dem, was man eigentlich iurisdictio nannte, ganz verschieden war, und von besonderer Concession abhieng [90]. Nur der einzige Marcian braucht jenen Ausdruck, und nimmt das Wort iurisdictio im uneigentlichen Verstande. (S. 13.) Zur iurisdictio voluntaria der Römer gehörten blos solche Rechtshandlungen, die weder eine umständliche Untersuchung noch einen Gerichtszwang erfordern [91]. Daher konnte der Proconsul diese Art der Jurisdiction, ausserhalb der Stadt Rom, überall ausüben, hingegen die eigentliche iurisdictio und das imperium nur in der ihm angewiesenen Provinz. Ulpian [92]) sagt: Proconsul ubique quidem proconsularia insignia habet, statim atque Urbem egressus est, *potestatem* autem non exercet, nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est; und an einem andern Orte [93]): nec enim ei prius competit *iurisdictio*, quam in eam provinciam venerit. Demohngeachtet ward es durch Einführung des Röm. Rechts in Deutschland zur allgemeinen Regel, daß die richterliche Gewalt auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (*actus*

90) *Io. Ern.* SCHRÖTER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Romano. *Erlangae* 1747. 8.

91) z. B. Emancipation, Manumission, Adoption. S. CAMPIANI de officio et potest. Magistratuum Rom. et iurisdictione pag. 269. GEBAUER in Diss. de iurisdictione Cap. I. §. VI.

92) *L. 1. D. de Offic. Proconf.*

93) *L. 4. §. 6. D. eodem.*

(*actus voluntariae iurisdictionis*) in sich fasse[94]), und durch einen Irrwahn der Glosse[95]) ward die iurisdictio voluntaria als ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit angesehen. Man rechnet auch zur heutigen so genannten freywilligen Gerichtsbarkeit noch mehr als legis actio. Zu ihr gehören auch solche Gerichtshandlungen, die die Römer zum mixto imperio rechneten. Z. B. gerichtliche Versiegelung und Verfertigung eines Güterverzeichnisses; Einsetzung in den Besitz einer Erbschaft nach dem Edict des Prätors, in sofern von einer bloßen Agnition der bonorum possessio, worüber kein Rechtsstreit obwaltet, die Rede ist u. d.; ferner solche nichtstreitige Rechtshandlungen, welche ausser der obrigkeitlichen Einwilligung eine vorgängige Untersuchung erfordern, z. B. ein Vergleich über zukünftigen Unterhalt; die Veräusserung eines Grundstücks, welches einem Minderjährigen zugehört.

Nach der verschiedenen Beschaffenheit der Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, deren Ausübung nun also nach der heutigen Gerichtsverfassung immer mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbunden ist, (S. 18.) unterscheidet man heut zu Tage eine zweyfache willkührliche Gerichtsbarkeit, eine schlechthin willkührliche (*iurisdictio voluntaria mera*), und eine gemischt willkührliche (*iurisdictio voluntaria mixta*)[96]). Jene nennt

94) Gönner a. a. O. §. 12. S. 27.

95) Gloss. ad L. 5. D. h. t. et ad L. 2. D. de off. Proc. PAURMEISTER *a Kochstet* de iurisdictione Rom. Lib. I. Cap. 16. nr. 23.

96) S. Dan. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit (Halle 1784. 8.) I. Th. I. Buch

nennt man, wenn der Richter geradezu und ohne alle Untersuchung dasjenige verrichtet, was von Gerichtswegen zu verrichten ist; diese hingegen, wenn erst nach vorhergegangener Untersuchung die obrigkeitliche Bestätigung erfolgt. Daher werden die Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit in die schlechterdings freywilligen, und in die gemischten freywilligen Gerichtshandlungen eingetheilt.

I. Die schlechthin freywilligen Gerichtshandlungen bringt man gewöhnlich in zwey Classen. Sie sind nämlich entweder

A) so beschaffen, daß die richterliche Bestätigung, als vorgeschriebene Form, zur Gültigkeit derselben erfordert wird. Nach dem gemeinen Rechte rechnet man zu den Rechtshandlungen dieser ersten Classe die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, die Freylassung der Leibeigenen aus der herrschaftlichen Gewalt, die Annehmung an Kindesstatt, soweit sie keine umständliche Untersuchung erfordert, sondern auf das bloße Ansuchen der Partheyen bestätiget werden kann. Nach der Vorschrift verschiedener teutscher Landesgesetze auch die Bestätigung und Auflassung des Eigenthums bey unbeweglichen Gütern.

Oder

1. Buch. I. Tit. §. 14. ff. Just. Claproths theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. 8. und Hrn. von Trützschlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 2 Theile, zweyte vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig 1786. 8. Diesen ist beyzufügen *Wolder.* SCHEELE Diss. de auctoritate iudicis in variis actibus privatis adhibenda. *Ultraiecti* 1727. 4. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 82—86.

Oder es sind

B) solche Handlungen, welche die gerichtliche Ausfertigung nicht nothwendig zu ihrer Gültigkeit erfordern, sondern nur um des öffentlichen Glaubens willen, oder zur Sicherheit an den Richter gebracht werden. In diese Classe gehören die gerichtlichen Insinuationen und Bestätigungen der Verträge und Contracte, die gerichtliche Bestellung eines Bevollmächtigten, die gerichtliche Ueberreichung oder Aufnahme und Eröfnung der Testamente, die freywillige öffentliche Versteigerung, die Versiegelung und Verfertigung eines Inventariums, gerichtliche Deposition und Versiegelung schuldiger Gelder, u. s. w. [97]).

II. Die Handlungen der gemischten willkührlichen Gerichtsbarkeit werden auch nach ihrem Endzweck gewöhnlich in drey Classen getheilt [98]).

A) Solche, bey denen die gerichtliche Untersuchung und Bestätigung zum Besten derjenigen eingeführt ist, welche ihre Sachen und Geschäfte nicht selbst besorgen können. Dahin zählt man die bey der Arrogation der Unmündigen vorzunehmende Untersuchung; die Entlassung eines arrogirten Unmündigen aus der väterlichen Gewalt;

97) Mehrere dieser Handlungen sind hier offenbar von der Art, daß sie auch eben so gut von andern öffentlichen Personen, von Notarien, verrichtet werden können, wie auch Hr. Prof. Malblanc a. a. O. §. 83. bemerkt hat. Da nun Notarien keine Gerichtsbarkeit haben, so ist schon hieraus klar, daß die sogenannte willkührliche Gerichtsbarkeit, keine eigentliche Gerichtsbarkeit sey, noch seyn könne. S. Krüll in der angef. Prüfung §. 26. S. 23.

98) Man vergleiche Claproth in dem angeführten Buche §. 11.

walt; die Bestellung der Vormünder für Unmündige und Minderjährige; die von Vormündern oder Curatoren vorzunehmende Veräusserung oder Verpfändung der ihren Pflegbefohlnen zugehörigen liegenden Güter, die Bezahlung einer einem Minderjährigen gebührenden Summe, u. d. m.

B) Andere gemischt willkührliche Gerichtshandlungen erfordern um des gemeinen Bestens willen die richterliche Cognition und Einwilligung. Z. B. der Vergleich über zukünftigen Unterhalt; Schenkungen unter den Lebenden über mehr als 500 Ducaten; Verträge, welche in das landesherrliche Interesse einschlagen rc.

C) Noch andere Geschäfte haben die Vorsorge für die Kinder erster Ehe oder überhaupt für die leiblichen Kinder zur Absicht. Hierher rechnet man die Einkindschaft, die Absonderung oder Abfindung der Kinder erster Ehe, ferner Adoptionen fremder Kinder, wenn leibliche Kinder da sind.

Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß im zweifelhaften Falle eine rechtliche Handlung für eine solche gehalten wird, welche zu der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit gehört [99].

§. 194.

Unterschied zwischen Handlungen der ganz freywilligen und gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit.

Um die Eigenschaften der freywilligen Gerichtshandlungen zu bestimmen, pflegt man nun gewöhnlich die Grundsätze

99) Herr von Trützschler in dem angef. Buche 1. Th. 1. Hptabtheil. §. 7.

säße des römischen Rechts zur Richtschnur zu nehmen. Allein man hat hier nicht bedacht, daß die Vorschriften desselben die römische legis actio zum Grunde haben, die doch von der heutigen sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit ganz verschieden war. Es ist daher ein unverzeihlicher Fehler, den auch große Rechtsgelehrte nicht genug vermieden haben, wenn man dasjenige, was der römischen legis actio eigen, oder wohl gar nur Vorrecht einer solchen Magistratsperson war, der diese legis actio zustand, heut zu Tage für allgemeine Eigenschaften der willkührlichen Gerichtsbarkeit ausgeben, und hiernach die Befugnisse des heutigen Richters bestimmen will; oder wenn man dasjenige, was die römischen Gesetzgeber nur bey einzelnen Handlungen der iurisdictionis voluntariae aus besondern Gründen verordnet haben, jetzt bey allen Handlungen der heutigen freywilligen Gerichtsbarkeit zur Regel machen will [100]). Man hat daher, in soferne die veränderte Gerichtsverfassung keine Anwendung der römischen Gesetzgebung erlaubt, vielmehr auf die Natur der heutigen Gerichtsbarkeit sowohl, zu welcher nun heutiges Tages auch die freywilligen Gerichtshandlungen, als Zubehörungen, gerechnet werden, als auf den Endzweck und die Absicht zu sehen, warum sie an den Richter gebracht werden. Hieraus muß Competenz des Richters, Art und Zeit ihrer Vornahme bestimmt werden. Dieses vorausgesetzt, so ist nun

I) soviel die Handlungen der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit anbetrift, ausser Zweifel:

a) daß

100) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis. *Erlangae* 1748. 4.

a) daß sie nicht von einem jeden Richter vorgenommen werden können, sondern den competenten oder gehörigen Richter erfordern [1]). Denn eine Untersuchung, dergleichen bey dieser Art der Gerichtshandlungen geschehen muß, ist ohne Gerichtszwang kaum denkbar. Unter dem competenten Richter verstehe ich denjenigen, welcher zur Anstellung der Untersuchung in Ansehung des vorzunehmenden gerichtlichen Geschäfts berechtiget ist. Dieser ist entweder der Richter des Wohnorts, unter welchem die Person stehet, zu deren Besten die Untersuchung geschehen soll; oder derjenige Richter, in dessen Gerichtsbezirk die Sache gelegen ist, an welcher Jemand Rechte erwerben will, die er ohne die Mitwirkung des Richters nicht erwerben kann.

b) Sie erfordern ein gehörig besetztes Gericht, d. i. die Gegenwart und Versammlung der zur Formirung des Gerichts erforderlichen Personen. Daß sie gerade an dem Orte, wo das Gericht gewöhnlich gehalten wird, vorgenommen werden müssen, ist nicht nöthig. Sie können auch an einem jeden andern schicklichen Orte gültig unternommen werden; wenn es nur innerhalb der Gerichtsgränzen des Richters geschiehet, vor welchen sie gehören. In so ferne ist daher die Regel allerdings richtig, daß, wo der Richter und die zur Formirung des Gerichts erforderliche Personen vorhanden sind, daselbst auch das Gericht sey [2]).

1) *L. 105. D. de Reg. Iur. L. 5. §. 12. D. de reb. eor. qui sub tut. sunt. L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* S. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. am Ende u. folg.

2) Claproth a. a. O. §. 14. von Trützschler a. a. O. §. 5. Nettelbladt im angef. Buche §. 38. *Ge.* BEYER de ex-

Es muß jedoch das Gericht, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle, sondern in einem Privathause vorgenommen werden soll, gebührend um eine Deputation ersuchet werden [3]).

c) Selbige können, der Regel nach, an keinem kirchlichen Feyer- oder Festtage vorgenommen werden, es wäre denn, daß bey dem Verzuge Gefahr eintritt [4]). Endlich

d) sie dürfen den Richter nicht selbst angehen. Denn Niemand kann in seiner eigenen Sache eine solche legale Untersuchung anstellen, wovon die Gültigkeit einer Rechtshandlung abhängt. Keinem Richter ist es daher erlaubt, sich selbst zum Vormund zu bestellen, oder, als Vormund, sich selbst das Decret zur Veräußerung eines seinem Pupillen zugehörigen Grundstücks zu ertheilen [5]). In solchen Fällen muß die Sache von den übrigen dabey nicht interessirten Mitgliedern des Gerichts, oder wenn es auch daran fehlen

expeditione actuum iudicial. extraiudiciali et in loco privato. Vit. 1711. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4206. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 85. not. g.

3) Claproth a. a. O. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. II. §. 4. pag. 59.

4) *L. 1. §. 1. L. 6. D. de feriis. L. 7. L. 10. et 11. Cod. eodem.* Nettelbladt im angef. Buche 1. Th. §. 27. Claproth a. a. O. §. 15. MALBLANC Conspect. §. 86.

5) *L. un. §. 2. D. de offic. Consul. L. 5. D. de offic. Praesid. L. 4. D. de tutor. et curator. dat.* Conf. *Io. Henr.* BERGER Diss. de potestate personae publicae in se ipsam. (in *Dissertat. iurid. select. Lipsiae 1707.*) §. 16. et 17.

fehlen sollte, von dem nächsten Oberrichter vorgenommen werden [6]).

So unstreitig alle diese Sätze sind, so viele Widersprüche treffen wir im Gegentheil in der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten von den Proprietäten der blos freywilligen Gerichtshandlungen an. Man behauptet,

1) daß dieselben vor einem jeden, auch incompetenten Richter geschehen könnten. Allein so allgemein läßt sich dieses nicht annehmen. Es ist vielmehr nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten ein Unterschied zu machen, ob diese Handlungen von der Art sind, daß sie nach Vorschrift der Gesetze nothwendig vor Gericht vorgenommen werden müssen, wenn sie die ihnen beygelegten rechtlichen Wirkungen hervorbringen sollen; oder ob sie nur blos freywillig an den Richter gebracht werden, damit sie öffentlichen Glauben erhalten. Handlungen der letztern Art können vor einem jeden ordentlich bestellten Civilgerichte vollzogen werden. Z. B. die Auf- und Annahme der Testamente [7]);

6) *L. un. §. 2. D. de off. consul. L. 19. §. 1. D. de tutor. et curat. dat.* Claproth §. 13.

7) Bey den Römern mußte zwar die gerichtliche Insinuation der Testamente in Rom selbst bey dem Magistro Census, in den Provinzen aber beym Präses, oder einer Municipalobrigkeit, oder dem defensore civitatis geschehen; keine andere Obrigkeit war zur Aufnahme der Testamente autorisirt, als diejenige, zu deren Ressort die Schatzung der Bürger gehörte. *L. 18. L. 23. Cod. de Testam. L. 4. Cod. Theod. eod. L. 2. C. Th. de denunc. Nov. XV.* IUSTIN. cap. 3. S. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. I. §. 7. *Io. Christ.* BALSER lib. sing. de forma testamenti iudicialis externa. (*Giessae* 1745. 4.) Cap. I. §. 15.

die gerichtliche Bevollmächtigung; die Bestätigungen der Verträge, die blos persönliche Verbindlichkeiten betreffen, und wo die gerichtliche Bestätigung nicht als Form der Gültigkeit des Vertrags vorgeschrieben ist. Soviel hingegen die blos freywilligen Handlungen der ersten Art betrift, so müssen sie vor dem competenten Richter vorgenommen werden, unter welchem entweder die Partheyen wohnen, oder in dessen Gerichtsbezirk die Güter liegen, welche sie betreffen [8]). So ist z. B. die gerichtliche Auflassung des Eigenthums an unbeweglichen Gütern da, wo sie hergebracht ist, vor demjenigen Richter vorzunehmen, unter dessen Gerichtsbarkeit solche Grundstücke gelegen sind [9]). Die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt hingegen, desgleichen Ehestiftungen sind von dem Richter zu bestätigen, unter welchem die Interessenten wohnen. Denn dergleichen Gesetze, welche vorschreiben, daß die Unterthanen gewisse Handlungen und Verträge gerichtlich anzeigen und

§. 15. sqq. *Franc. Car.* CONRADI Diss. de testamento publico, quod fit apud acta §. 6. et 11. und *Ge. Sam.* MADIHN Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. (*Halae* 1771. 4.) §. XI. sqq. Man sehe jedoch auch *Io. Guil.* HOFFMANNI ad librum II. Pandectar. observation. var. Dissertat. hebdomad. III. *Francof. ad Viadr. 1734.* Daß dieses heut zu Tage nicht mehr Statt finde, versteht sich von selbst. S. PUFFENDORF lib. de iurisdictione germanica. Part. I. cap. IV. §. 57.

8) Nettelbladt a. a. O. §. 35. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 4. Th. §. 194. S. 418 folgg.

9) BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. II. Th. 18. not. 5. und Westphals rechtliche Abh. von der Uebergabe und Belehnung §. 10. Not. h. S. 11.

und bestätigen lassen sollen, haben insgemein die besondere Wohlfarth und das Beste der Unterthanen zum Zweck; nämlich Sicherung derselben gegen möglichen Schaden. Sie erfordern also um so mehr den competenten Richter, je weniger durch eine fremde Obrigkeit jener Zweck erreicht werden kann [10].

Man behauptet ferner

2) daß ein Richter Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mithin auch ausser dem Bezirke seiner Jurisdiction, ja sogar in einem fremden Lande, gültig vornehmen könne [11]. Denn, es komme bey solchen Handlungen nur auf die öffentliche Beglaubigung an. Die fides publica eines Richters, als eines vollgültigen Zeugen, aber sey auch ausserhalb seines Gerichtssprengels nicht zu bezweifeln [12]. Man beziehet sich überdem noch auf verschiedene Gesetzstellen, in welchen gesagt wird, daß ein Proconsul auch ausserhalb der ihm angewiesenen Provinz Manumissionen und Adoptionen be-

 stäti-

10) Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien, herausgegeben von J. C. W. Faselius. 2. Band. Nr. XXX. §. 4—6.

11) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 10. und in Diss. de voluntaria iurisdictione §. 51. BERGER in Oecon. Iuris lib. IV. Tit. III. §. 1. Not. 2., LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXIX. med. 2. CANNGIESSER in Decis. Supr. Trib. Appellat. Hass. Cassell. Tom. II. dec. CCCXV. n. 4. *Frid. Es.* PUFFENDORF in libr. de iurisdictione germanica P. I. Cap. IV. §. 70. sqq. pag. 95. und andere mehr.

12) BOEHMER Consultat. Tom. II. Part. I. Resp. DCXLVII. Nr. 22.

stätigen könne [13]). In Teutschland, sagt man, werde dieß auch durch den Gerichtsgebrauch bestätiget, der sich auf eine stillschweigende Convention der Reichsstände gründe, daß nämlich ein Richter in des andern Gerichtsbezirke Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, die nämlich keine Untersuchung der Sache erfordern, gültig vornehmen könne [14]). Daraus zieht man die Folge, daß ein Richter auch ausser seinem Gerichtsbezirke, sogar in einem fremden Territorium, Testamente gültig auf- und annehmen könne [15]). Allein diese Meinung ist noch vielen Zweifeln unterworfen. Denn erstens ist ein Richter außer seinem Gerichtsbezirke nach deutlicher Verordnung der Gesetze keine öffentliche, sondern als eine bloße Privatperson anzusehen [16]). Wie kann er also Handlungen, die vor ihm ausser seinem Gerichts-

13) *L. 36. §. 1. D. de adoptionib. L. 2. D. de offic. Proconf. L. 17. pr. D. de manumiss. vindicta.*

14) S. *L. B. v.* WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 314. et P. VIII. Obs. 403. BERGER Elect. Disceptat. for. P. II. pag. 28.

15) Man sehe CARPZOV Part. III. Decis. 293. n. 14. sqq. STRYK de cautelis testamentor. Cap. VII. §. 36. MEVIUS Part. III. decis. 195. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CCCLIV. med. 1. PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 232. SCHORCH Sentent. et Respons. Erford. resp. 27. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. III. Stück. Nr. 13. S. 134. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. I. Consil. XXXVII. Quaest. I. pag. 421. sqq. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Respons. 200.

16) *L. 3. D. de officio Praesid. L. ult. D. de officio Praefect. urbi. L. ult. D. de iurisdict.*

Gerichtsdistricte geschehen sind, einen öffentlichen Glauben beylegen, den er selbst nicht hat? Soviel zweytens die für jene Meinung angeführten Stellen des römischen Rechts anbetrift, so finden selbige heut zu Tage keine Anwendung mehr. Denn sie reden alle von der Gewalt eines römischen Proconsuls, nach welcher sich die Auctorität unserer heutigen Richter nicht abmessen läßt. Es war nämlich ein unstreitig anerkanntes Vorrecht des Proconsuls, daß ihm, sobald er von Rom abgereiset war, überall die legis actio zustand, wenn er sich auch ausser der ihm angewiesenen Provinz aufhielt. Sein Ansehen war, ausserhalb Rom, in jeder Provinz geltend. Ulpian versichert uns dieses, wenn er *lib. I. Disputationum* [17]) sagt: Proconsul ubique proconsularia insignia habet, statim atque Urbem egressus est. Folglich, wo ihn seine sechs Fasces [18]) hin begleiteten, da stellte er eine öffentliche mit der legis actio versehene Person vor. Ein solches unbeschränktes Ansehen hatte kein anderer Präses einer Provinz. Dieser galt, nach dem Zeugniß des Paulus [19]), ausser seiner Provinz nur als eine Privatperson, und hatte ausser derselben keine legis actio [20]). Drittens bedenke man, daß die sogenannte iurisdictio voluntaria

17) *L. 1. D. de offic. Procons.* Hier verdienen besonders nachgesehen zu werden BALSER in libro sing. de forma testamenti iudicialis externa Cap. I. §. 13. sqq. und *Ge. Sam.* MADIHN in Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. §. 19. pag. 69.

18) *L. 14. D. de off. Procons.*

19) *L. 3. D. de offic. Praesidis.*

20) *L. 17. D. de offic. Praesid.* Confer. GEBAUER in Diss. de iurisdictione Cap. I. §. 6. et *Io. Ern.* SCHROETER in Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis §. 3.

luntaria bey den Römern nicht zur eigentlichen Jurisdiction gehörte, sondern in einer der Magistratsperson durch ein besonderes Gesetz übertragenen Gewalt bestand. Sie konnte also auch nicht nach den Grundsätzen, die von der Jurisdiction galten, beurtheilt werden. Da nun aber nach der teutschen Gerichtsverfassung Handlungen der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit zu der eigentlichen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, die jeder ordentliche Civilrichter, als Richter, vorzunehmen berechtiget ist, so muß nothwendig, was vom Ganzen gilt, auch von dieser Gattung der Gerichtsbarkeit um so mehr gelten, da es ein sträflicher Eingriff in eine fremde Gerichtsbarkeit, ja sogar eine Verletzung der Landeshoheit seyn würde, wenn ein Richter, ausser seinem Gerichtssprengel, und wohl gar in einem andern Lande actus voluntariae iurisdictionis exerciren wollte [21]). Das Vorgeben einer stillschweigenden Convention der

21) Mit mir stimmen überein *Adam Frid.* GLAFEY in Diss. de iurisdictione voluntaria extra territorium non exercenda. *Lipsiae 1719.* *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de iudice iurisdictionem voluntariam extra territorium perperam exercente. *Erfordiae 1734.* Ebenderselbe in Observat. select. ad Christinaeum Vol. IV. Obs. 15. *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. i. et k. pag. 156. sq. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de testamento a iudice incompetente in territorio alieno condito invalido. *Lipsiae 1752.* §. 4. sqq. GEBAUER Diss. de iurisdictione. Cap. II. §. 4. Schmidt Rechtssprüche 1. Abschn. XI. Gutachten. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit 1. Th. 1. Buch. 4. Tit. §. 36. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. 1. Abschn. §. 13. S. 15. Schnaubert Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 2. Th. Nr. II. §. 6. S. 114. folg. Eichmann

der Reichsstände, womit man jene Meinung zu unterstützen sucht, ist eine bloße Chimäre, die sich eben so wenig, als ein allgemeiner Gerichtsgebrauch, beweisen läßt [22]. In Chursachsen [23] und in den preußischen Staaten [24] ist jedoch die Meinung gesetzlich bestätiget worden, daß ein Richter ausser seinem Jurisdictionsbezirke actus voluntariae iurisdictionis, dergleichen die Aufnehmung eines Testaments und andern letzten Willens ist, rechtsgültig exerciren könne.

Man behauptet ferner

3) daß Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit zu jeder Zeit, mithin auch an Gott geheiligten Feyertagen, vorgenommen werden könnten [25]. Allein als allgemeine Regel läßt sich auch dieser Satz nicht annehmen. Die L. 8. C. de Feriis, worauf man sich gemeiniglich beruft,

mann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 407. folgg. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4206. not. c.

22) Den Wahn einer vorgegebenen allgemeinen Praxis hat besonders Richter in der angef. vortreflichen Dissertation §. 9. gegen Carpzov sehr ausführlich widerlegt.

23) Vi *Decis. elect. noviss. d. a. 1746.* in *Cod. August. Supplem.* Tom. I. pag. 351. Es ist jedoch in den Worten dieser Constitution nur der Fall einer Testamentsaufnahme entschieden worden. S. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 126. und Eichmann a. a. O. S. 415.

24) S. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 2. Band. S. 265. u. folgg.

25) LAUTERBACH Diss. de Feriis §. 21. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 86. HOFACKER Tom. III. §. 4206. in fin.

beruft, enthält nur Ausnahmen, welche eine entgegengesetzte Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestärken. Die Worte lauten folgendergestalt: Actus omnes, seu publici sunt seu privati, diebus quindecim paschalibus conquiescant. Dieß ist die Regel, von welcher nun folgende Ausnahmen gemacht werden. In his tamen et *emancipandi* et *manumittendi* cuncti licentiam habeant: et super his acta non prohibeantur. Ein anders schon vorherstehendes Gesetz erlaubte die Emancipation und Manumission auch am Sonntage [26]). Der Grund hiervon war, weil man glaubte, daß jene Handlungen fromme wohlthätige Absichten zum Grunde hätten [27]). Dieser Grund paßt nun aber freylich nicht auf alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Folglich läßt sich auch hieraus keine allgemeine Regel herleiten. Ich bin daher der Meinung, daß auch Sachen der blos willkührlichen Gerichtsbarkeit zwar ohne Bedenken in den menschlichen Ferien, an

Gott

26) *L.* 2. *Cod. de feriis.* Jedoch ist die Aechtheit dieses Gesetzes nicht ganz ausser Zweifel, denn in den ältesten Handschriften des Codex ist es nicht zu finden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de Feriis. STRYK Us. Mod. Pandect. Lib. II. Tit. XII. §. 14. und BERGER in Resolutionib. Legum obstantium Lib. II. Tit. XII. Qu. 3. pag. 61. Die Constitution rührt wenigstens auf keinen Fall vom Theodos her, dessen Namen in der Inscription angezeigt wird, sondern ist vielmehr dem K. Constantin zuzueignen. S. *Io. Guil.* HOFFMANN Observation. variae ad Libr. II. Pandectar. Diss. hebdom. III. (*Francof. ad Viadr.* 1734. 4.) §. 3.

27) Es erhellet dieses ganz deutlich aus *L.* 1. *Cod. Theod. de Feriis*, in welcher erlaubt wird, *ea, quae sunt maxime* VOTIVA, d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad h. l. erklärt, quae votis maxime expetuntur, am Sonntage vorzunehmen.

Gott geheiligten Feyertagen aber nur alsdann, wenn entweder die Gesetze eine gewisse Handlung der ihr beywohnenden Frömmigkeit wegen besonders begünstigen, oder eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist, gültiger Weise vorgenommen werden können [28]). Endlich

4) nimmt man insgemein zur Regel an, daß bey Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit ein Richter in seiner eigenen Sache das richterliche Amt verwalten könne [29]). Allein richtiger schränken die neuern Rechtsgelehrten [30]) diesen Satz auf solche blos freywillige Gerichtshandlungen ein, welche entweder gar nicht in der Absicht unternommen werden, daß daraus eine Verbindlichkeit entstehe,

28) *Cap. 5. X. de feriis* — nisi necessitas urgeat, vel pietas suadeat. Vid. COCCEJI Ius civ. controv. Lib. II. Tit. XII. Qu. 6. *I. E. B.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem Tom. I. pag. 204. not. z. *Io. Bern.* MÜLLER Diss. de invaliditate actuum voluntariae iurisdictionis in feriis divinis celebratorum. *Giessae 1741.* *Io. Ulr. de* CRAMER Tr. de actibus voluntariae iurisdictionis in feriis divinis non permissis, in EIUS *Opusculis* Tom. II. Nr. 13. SCHROETER in Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis §. 4. Nettelbladt im angef. Buche §. 27. Claproth §. 15.

29) LAUTERBACH Diss. de iurisdict. voluntaria §. 44. sqq. BERGER de potestate personae publicae in se ipsam §. 16. 17. LUDOVICI Us. pract. Distinctionum iuridicar. Lib. II. Tit. 1. dist. 1. COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. Exc. 1.

30) S. Nettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit 1. Th. 4. Tit. §. 35. Claproth von freywill. Gerichtshandl. 1. Abschn. §. 13. besonders Not. c. EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* Ius civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 8. not. o. pag. 164. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 423. folg.

sehe, oder welche von der Art sind, daß sich der Richter blos und allein dadurch verbindlich macht: So z. B. kann ein Richter bey seinen Gerichten sein Testament niederlegen, er kann vor seinen Gerichten Caution, z. B. Bürgschaft, leisten, er kann adoptiren, emancipiren, u. s. w. Hier kommt die Privatperson des Richters mit seiner öffentlichen Person in keine Collision [31]. Im Gegentheil, wenn er andere sich oder seinen nächsten Verwandten verbindlich machen will, oder von seinem, und seiner Angehörigen nicht unbeträchtlichen Nutzen die Rede ist, so ist er unfähig, diese Handlungen vorzunehmen [32]. Wer wollte daher wohl behaupten, daß ein Richter durch selbst niedergeschriebene Pfandverschreibungen, sich Leute zu Schuldnern machen könne?

§. 195.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die bürgerliche und peinliche.

Die heutige Gerichtsbarkeit wird ferner nach ihrem Gegenstande in die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit eingetheilt [33].

I. Un-

31) *L. 2. D. de offic. praesid.*

32) Arg. *L. 7. Cod. de probat. L. un. Cod. de contractib. iudicum.*

33) Ge. ENGELBRECHT Diss. de iurisdictione superiori s. alta et inferiori s. bassa sec. mores Germanor. *Helmstadii 1709. rec. Halae 1738.* Christ. Ulr. Grupen von den Ober- und Niedergerichten; in den Observat. rerum et antiquitat. Germanic. et Romanar. Obs. XXVI. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 1. ff. und MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 87. sqq.

I. Unter der Civilgerichtsbarkeit wird diejenige verstanden, welche Civilsachen zum Gegenstande hat. Sie heißt auch die niedere Gerichtsbarkeit, die Untergerichtsbarkeit, Vogteygerichtsbarkeit [34]), oder Gerichtsbarkeit schlechtweg. Um nun aber näher zu bestimmen, welche Sachen unter den Civilsachen zu verstehen sind, die als Objecte der bürgerlichen Gerichtsbarkeit betrachtet werden, so ist der Begriff, den uns das römische Recht giebt, von demjenigen genau zu unterscheiden, den man nach der heutigen Gerichtsverfassung damit verbindet.

1) Das

34) Diese Benennung der Civilgerichtsbarkeit ist besonders in Franken und Schwaben gewöhnlich, wo man die peinliche Gerichtsbarkeit die Obervogtey zu nennen pflegt. S. WEHNER Obſervat. pract. BESOLD Théſaur. HALTAUS Gloſſar. v. Vogtey. Die Benennung ist daher entstanden, daß die Landgerichte in den ehemaligen Zeiten sich nicht blos mit Justizsachen beschäftigten, sondern den Landvögten auch gewisse Regierungsrechte anvertrauet waren, welche besonders die Aufsicht und Beschützung der Gemeindegüter und gewisse andere Gegenstände der Policey betrafen. S. MALBLANC Conſpect. rei iudic. §. 90. Denn das Wort Vogtey bedeutet ursprünglich soviel als eine Verwaltung, welche mit einer Schutz- und Schirmsgerechtigkeit verbunden ist. Man sehe Christ. Jac. von Zwirlein allgemeinen Umriß der Lehre von der Vogtey und Schutz- und Schirmsgerechtigkeit; in Desselben Nebenstunden. XII. Abh. Strubens Nebenstunden. 5. Th. S. 143. ff. besonders den Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden. S. 84 folgg.

1) Das römische Recht beschränkt den Begriff von Civilsachen blos auf Streitigkeiten der Bürger über Rechte in ihren Privatverhältnissen, sie mögen erlaubte oder unerlaubte Handlungen zum Grunde haben [35]). Eine Rechtssache kann also eine Civilsache seyn, wenn sie auch aus einem Verbrechen herrührt, nämlich insofern aus einem Verbrechen entweder blos auf Schadensersatz, oder auf eine Privatgeldstrafe geklagt wird [36]). Nach diesem römischen Begriff waren also sowohl Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, bey denen es blos auf richterliche Bestätigung ankam, als auch diejenigen Sachen ausgeschlossen, wo eines begangenen Verbrechens wegen eine öffentliche Strafe zu erkennen war. Denn erstere gehörten zur Legis actio, letztere rechnete man zu den Criminalsachen. Allein

2) nach der heutigen Gerichtsverfassung sind die Gegenstände der Civiljurisdiction von grösserem Umfange.

35) MALBLANC c. l. §. 88.

36) *L. 3. D. de delict. priv.* Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi: siquidem *pecuniariter* agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen subscribere. *§. 10. I. de iniur.* In summa sciendum est, de omni iniuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel *civiliter*. Et siquidem *civiliter* agitur: aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem *criminaliter*: officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur. *L. fin. D. de furtis.* Meminisse oportebit, nunc furti plerumque *criminaliter* agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere: non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit *civiliter* agere. Add. *L. un. C. Quando civilis actio criminali praeiudicet.*

ge [37]). Zu den Civilsachen rechnet man nämlich z. B. nicht nur

1) bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, sondern auch

2) die Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, bey denen es nur auf eine richterliche Bestätigung oder Beglaubigung ankommt; nicht minder

3) die geringern Verbrechen, worauf nur eine Gefängnißstrafe von höchstens vierzehn Tagen oder eine diesem proportionirliche Geldstrafe bis auf zehen Thaler gesetzt ist [38]). Dieß ist wenigstens der gemeinen Praxis und der Analogie der teutschen Gesetze [39]) gemäß, und macht daher so lang die Regel aus, als nicht durch die besondern Gesetze oder Observanz eines Landes oder Orts ein anders bestimmt ist [40]).

H 2 II. Un-

37) S. PUFFENDORF de iurisdictione germanica P. II. Sect. IV. cap. un. p. 519. sqq. *Ant. Wilh.* ERTEL Praxis aurea de iurisdictione inferiori. *Nordlingae* 1737. 4. MALBLANC c. l. p. 170.

38) S. KOCH Institut. iuris crim. §. 645. nr. III. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. XXIV. §. 9. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 237. und 238.

39) Verb. Reichspoliceyordnung von 1530. Art. I. §. 2. und 5.

40) In unserm Preußischen Gesetzbuche 2. Th. 17. Tit. 1. Abschn. §. 62. werden geringere Verbrechen, deren Untersuchung und Bestrafung vor die Civilgerichtsbarkeit gehört, diejenigen genennt, auf welche die Gesetze nur höchstens ein vierzehntägiges Gefängniß oder bis fünf Thaler Geldstrafe verordnen.

II. Unter der Criminaljurisdiction oder peinlichen Gerichtsbarkeit hingegen versteht man diejenige Gerichtsbarkeit, welche Criminalsachen und insonderheit eigentliche peinliche Fälle zum Gegenstande hat [41]). Sie wird auch die hohe Gerichtsbarkeit (*iurisdictio alta* [42]), Obergerichtsbarkeit, hohe Obrigkeit, Ungericht, Halsgericht, Malefizgericht, Fraiß, hohe Fraiß, Fraißliche Obrigkeit, Cent, hohe Cent, Blutbann genennt.

Um nun den Gegenstand dieser Gerichtsbarkeit richtig zu erklären, müssen wir wieder den Begriff, welchen das römische Recht mit den Criminalsachen verbindet, von dem heutigen Begriff peinlicher Sachen sorgfältig unterscheiden.

1) In

41) Chr. Fr. Ge. Meisters ausführliche Abhandl. des peinlichen Processes in Teutschland. 3. Th. 1. Abschn. 10. Hauptst. S. 297. ff. BECK Praxis aurea de iurisdictione superiore. *Norimbergae 1720. 1750.* KRESS Diff. de variis iurisdictionis criminalis in Germania generibus. *Helmstadii* 1730. rec. 1735. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. II. c. 2. et 3. Gerstlacher von den mancherley Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit, vor desselben Sammlung einiger Würtemberg. Gesetze. II. Th. Stuttgard 1760. 8.

42) Die Ausdrücke: hohe Gerichtsbarkeit, hohe Obrigkeit, hohe Cent, hochfraißliche Obrigkeit, werden jedoch zuweilen in einem noch grösserem Umfange genommen, und darunter eine mit verschiedenen andern Regalien, z. E. dem iure fisci, der hohen Jagd, dem Kirchweihschutz, u. s. w. verknüpfte Criminalgerichtsbarkeit, ja die Landeshoheit selbst, verstanden. S. Meister a. a. O. §. 7. u. 8. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 103.

1) In dem römischen Rechte werden *causae criminales* alle diejenigen Sachen genennt, bey denen die Zuerkennung einer öffentlichen Strafe wegen eines begangenen Verbrechens den Gegenstand der Beurtheilung ausmacht [43]). Ob die Strafe eine schwere oder geringe ist, darauf kommt nach dem römischen Rechte nichts an, wenn es nur eine öffentliche Strafe d. i. eine solche Strafe ist, welche der Staat zu seiner Genugthuung von dem Uebertreter seiner Gesetze fordert, und welche also die Obrigkeit von Amtswegen dem Verbrecher zuerkennen kann. Es war auch bey den Römern gleichviel, ob das Verbrechen zu den iudiciis publicis gehörte, worüber ein eigener Volksschluß vorhanden war, welches die Strafe bestimmte, oder nicht, sondern nur ausser der Ordnung sich zu einer öffentlichen Ahndung qualificirte. Z. B. Diebstahl, Ausplünderung einer Erbschaft, Abigeat, Prävarication gehören nicht zu den iudiciis publicis, allein sie konnten doch, extra ordinem, wie öffentliche Verbrechen behandelt, und im Namen des Staats geahndet werden [44]). Allein da nach der heutigen Gerichts-

 ver-

43) *§. 10. I. de iniur. L. ult. D. de furt. L. 3. D. de priv. delict. L. 9. §. 5. D. de publican. et vectigal. L. 16. C. ad L. Corn. de falsis. L. un. C. Quando civ. act. crim. praeiud.* Meisters ausführl. Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 2. Hauptst. §. 1. MALBLANC Conspect. §. 96.

44) *L. 1. D. de public. iudic.* Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt; sed ea tantum, *quae ex Legibus iudiciorum publicorum veniunt:* ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de Sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona. — *L. 3. D. de extraord. crim.* Stellionatus vel expi-

verfassung auch ein Civilrichter gewisse geringe Verbrechen bestrafen, und Strafen von geringerem Präjudiz zuerkennen kann; so reicht dieser römische Begriff nicht hin, um die Gränzen der Criminal- und Civilgerichtsbarkeit zu bestimmen. Wir müssen also von Criminalsachen im Sinn des römischen Rechts,

2) peinliche Sachen im Sinne des heutigen Rechts unterscheiden. Nun ist zwar die Frage, welche Sachen nach dem heutigen Rechte für peinliche Fälle zu halten sind? nicht geringen Schwierigkeiten unterworffen, und es kommt freylich bey der Entscheidung derselben das meiste auf die Verfassung eines jeden Landes und Ortes an. Man hat daher vor allen Dingen darauf zu sehen, ob durch die besondern Gesetze [45]), oder entschiedenen Gewohnheiten eines Lan-

expilatae hereditatis judicia accusationem quidem habent, *sed non sunt publica.* — *L. 2. D. de abigeis.* Abigeatus crimen *publici iudicii non est*, quia furtum magis est. Sed quia plerumque abigei et ferro utuntur, si deprehendantur, ideo graviter et puniri eorum admissum solet. Conf. FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. p. 628. sqq.

45) Merkwürdig ist die Verordnung des Herzogs Heinrich Julius zu Braunschweig und Lüneburg d. d. Wolfenbüttel den 12. Sept. 1596. in den Calenbergischen Landes-Ordnungen Theil II. S. 663. welche Grupen in Observat. rer. et antiquitat. germ. et rom. Obs. 26. pag. 409. folgg. mit einem Commentar begleitet hat. Ferner die Chursächsische Landesordnung vom Jahr 1543. und erneuert im Jahr 1555. unter dem Titel: Was zu Ober- Nieder- und Erbgericht gehört, bey CARPZOV in prax. rer. crim. Qu. CIX. n. 23. sqq. Mehrere Landesordnungen führen Grupen a. a. O. S. 412. u. folgg. und ENGELBRECHT in der

Landes, oder durch verjährten Besitz [46]), oder durch errichtete Recesse zwischen den Interessenten der hohen und niedern Gerichtsbarkeit, oder durch rechtskräftige Erkenntnisse [47]), dieserhalb etwas Gewisses bestimmt worden ist, welches sodann vor allen andern zur Entscheidungsnorm dienen muß. Wo es aber an solchen besondern Bestimmungsgründen mangelt, werden nach der gemeinen Praxis peinliche Sachen, die den Gegenstand der teutschen Criminalge-

der oben Not. 33. angeführten Diss. Sect. II. Membro I, §. 4. S. 28. an.

46) Da es hier nicht auf Erwerbung der Gerichtsbarkeit selbst und insbesondere des Blutbanns, als eines Regals, gegen den Landesherrn, ankommt, sondern nur von Festsetzung bestimmter Gränzen der schon zuständigen Gerichtsbarkeit, und des genauen Gegenstandes derselben, zwischen den Gerichten unter einander die Frage ist, so bedarf es dabey nicht nothwendig der unvordenklichen Verjährung, sondern die dreyßigjährige Zeit ist ebenfalls hinreichend. Man sehe hier vorzüglich nach Ge. Jac. Friedr. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Band. (Göttingen 1791. 8.) XIII. Bemerk. S. 190. u. folgg.

47) Hierher gehört, als vorzügliches Beyspiel, das Urtheil des Kammergerichts zu Berlin in Sachen des Stadtmagistrats zu Zoßen, gegen das königl. Justitzamt daselbst, de 16. Jul. 1777. in Hymmens Beyträgen zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten. IV. Samml. (Berlin 1780. 8.) I. Abschn. Nr. VI. S. 60. folgg. Diesem ist beyzufügen das Urtheil eben dieses Tribunals in Sachen des Stifts Severn wider das Amt Reinberg und den Fiskus, welches in COCEJI Iur. civ. controv. Tom. I. Lib. II. Tit. I. Qu. 5. pag. 162. stehet. Vid. quoque PUFFENDORF in Animadversionibus iuris. Animadv. VII.

richtsbarkeit ausmachen, diejenigen Sachen genennt, welche schwere peinliche Verbrechen betreffen, die entweder nach den Gesetzen (in thesi) oder doch nach den besondern Umständen (in hypothesi) eine Lebens, oder Leibes, oder solche Strafe, die diesen gleichgeachtet wird, zur Folge haben [48]). Diese Bestimmung ist auch der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. vollkommen gemäß [49]). Nur entstehen

48) S. Meisters ausführl. Abhandl. des peinl. Processes. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 5. *de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* P. III. Quaest. CIX. Obs. 2. 4. sqq. PUFFENDORF lib. de iurisdict. germ. P. II. Sect. II. Cap. I. §. 19. KOCH Institut. iur. crim. Lib. III. Cap. I. §. 645. Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts. 2. Th. §. 535. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 698. sq. Dorn Commentar über das peinl. Recht. 2. Band. §. 285. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 41. Feuerbachs Lehrbuch des gemeinen in Teutschland gültigen peinlichen Rechts. (Giessen 1803.) §. 496. Stübels System des allgemeinen peinlichen Rechts. 2. Band. §. 497. u. a. m. Hr. Prof. Robert hat zwar in Diss. de diverso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo. *Marburgi 1779.* verschiedenes gegen diesen Begriff einwenden wollen; allein Hr. Kanzler Koch hat in drey Briefen über die Robertische Dissertation, welche, mit dieser Dissertation zusammengedruckt, unter dem Titel: über civil und criminal Strafen und Verbrechen, zu Giessen 1785. 8. erschienen sind, die Robertischen Zweifel sehr gründlich beantwortet.

49) Man vergleiche in Carls V. peinlicher Gerichtsordnung Art. 1. 104. 110. 111. 113. 164. 169. 177. u. 178. Conf. *Car. Frid.* WALCHII Glossar. germ. in C. C. C. s. v. peinliche Strafe S. 411. Die alten Teutschen nannten peinliche Fälle solche, wo Strafen, die an Hals oder Hand

stehen darüber nicht selten Schwierigkeiten, welche Strafen den Leibesstrafen gleichgeschätzt werden können? weil nicht alle Rechtslehrer darin mit einander einig sind. Es ist zwar ausser Zweifel, daß Festungs- und Zuchthaus-Strafen, lebenslängliche Gefangenschaft, Confiskation der Güter [50]), Landesverweisung und Ehrlosigkeit, in sofern sie als Strafe eines peinlichen Verbrechens erkannt wird [51]), den Leibesstrafen gleichgeachtet werden, und daher zur Obergerichtsbarkeit gehören; allein wie weit Geld-

Hand giengen, zu erkennen waren, unter geringen Freveln hingegen verstanden sie solche, die mit Strafen an Haut und Haar belegt zu werden pflegten. Man sehe hiervon vorzüglich Grupen in den angeführten Observat. rer. et antiquit. germ. et rom. Obs. 7. S. 123. folgg. Allein diese Bestimmung kann heutiges Tages nicht mehr zur Regel dienen. S. BOEHMER Observat. ad *Carpzov.* Qu. CII. Obs. 1. PUFFENDORF l. c. §. 39. et 40. p. 171. sq. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 96.

50) Nach der Peinl. Gerichtsordn. Carls V. ist dieses zwar zweifelhaft; allein durch die Reichspoliceyordnung von 1548. Art. 18. §. 2. ist es ganz ausser Zweifel gesetzt, daß die Confiscation der Güter zu den peinlichen Strafen zu zählen sey. S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Th. §. 2. Man sehe auch PUFFENDORF de iurid. germ. P. II. Sect. II. c. 2. §. 15.

51) Denn daß der Civilrichter auch auf Ehrlosigkeit, sofern sie nicht aus einem peinlichen Verbrechen, sondern aus einer in einem bürgerlichen Geschäfte zu Schulden gebrachten Untreue erwächset, z. B. bey einem treulosen oder verdächtigen Vormunde, erkennen könne, ist ausser Zweifel. S. PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. Cap. II. §. 19. Meisters peinl. Proceß. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 5. S. 32.

und Gefängnißstrafen zur Criminal- und wieweit sie zur Civiljurisdiction gehören? läßt sich nach einer allgemeinen Regel kaum bestimmen [52]. Man pflegt indessen ein Gefängniß von mehreren Jahren oder Wochen, und eine Geldstrafe über zehen Thaler zu den peinlichen Fällen zu rechnen [53]. Ich habe hier noch folgendes zu bemerken.

1) Ist die in den Gesetzen für ein Verbrechen bestimmte Strafe peinlich, so gehört die Sache vor den peinlichen Richter, wenn auch gleich in dem einzelnen gegebenen Falle (in hypothesi) wegen der vorhandenen Milderungsgründe nur auf eine geringe und bürgerliche Strafe erkannt werden sollte [54].

2) Im

52) BOEHMER in Observat. sel. ad *Carpzovium*. Quaest. CIX. Obs. 4.

53) KOCH Instit. iur. crim. a. a. O.

54) S. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 238. Anmerk. 2. S. 126. Herr Prof. Robert behauptet zwar in der angef. Differt. §. 14. und 27. daß der Criminalrichter geringe und sogenannte bürgerliche Strafen auch in einem solchen Falle, da das begangene Verbrechen in thesi wirklich ein Criminalverbrechen ist, ohne Vorwissen und Erlaubniß des Civilrichters nicht dictiren könne; allein diese Meinung ist nicht nur dem Geiste der P. G. O. ganz zuwider, welche fast in allen Artikeln, worinn auch eine bestimmte Strafe verordnet worden, die Clausel hinzusetzt, daß nach Gestalt der Personen und Sachen in hypothesi eine gelindere Strafe, ohne hierunter Gränzen zu setzen, von dem Richter bestimmt werden könne; sondern sie beruhet auch wirklich auf einer ganz unrichtigen Erklärung des Art. 158. der P. G. O. in welchem unter der Oberkeit nicht der Civilrichter, sondern die Obrigkeit des Criminalrichters

2) Im Zweifel gehören alle Straffälle zur peinlichen Gerichtsbarkeit, und die Vermuthung streitet daher immer für den Criminalrichter, wenn die Frage ist, ob ein Verbrechen für ein Criminalverbrechen zu halten sey; weil Ausübung der Criminalgewalt von einem Civilgericht eine Ausnahme vom gemeinen Rechte und von der Natur der Sache ist [55]. Man pflegt jedoch

3) in solchen Fällen, wo es sich anfangs nicht gleich mit Gewißheit bestimmen läßt, ob das Verbrechen zu dem peinlichen gehöre, dem Civilrichter wenigstens die Generaluntersuchung zu gestatten. Er kann auch einen gefundenen menschlichen Leichnam, wenn die Ursach des Todes noch zweifelhaft ist, aufheben, nicht minder Verbrecher, die ein unstreitig peinliches Verbrechen begangen haben, wegen besorglicher Flucht, in Verhaft nehmen, nur muß er sie nachher an den Criminalrichter abliefern [56].

Die peinliche Gerichtsbarkeit ist übrigens in Ansehung ihres Umfangs entweder **vollständig** und **uneingeschränkt**, wenn sie auf alle Verbrechen geht, und blos an die nothwendigen durch die Natur der Jurisdiction

(§. 188.)

ters, magistratus judicis criminalis superior, zu verstehen ist. Vid. WALCH in Glossario C. C. C. voc. Oberkeit pag. 397. und Koch in dem 1. und 2. Briefe über die Robertische Dissertation S. 85. folgg. und S. 97. der oben angef. Schrift über civil und criminal Strafen und Verbrechen.

55) Koch a. a. O. pag. 330. Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 496.

56) Meisters Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 11. Hptst. §. 41. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 89. pag. 171.

(§. 188.) bestimmte Schranken gebunden ist; oder unvollständig und beschränkt, wenn sie a) nicht auf alle Verbrechen geht, sondern sich blos auf die so genannten vier Hauptwrogen [57]) oder Hauptrügen, oder vier hohen Wände, nämlich Mord, Brand, Diebstahl und Nothzucht beschränkt; oder auch auf noch weniger Verbrechen sich erstreckt [58]). b) Sie kann auch in Rücksicht des Orts, oder der Personen, oder in Ansehung der Theile der Criminalrichterlichen Gewalt selbst beschränkt seyn [59]). – Die vollständige Criminalgerichtsbarkeit wird die allgemeine Cent, *Centena universalis* s. *omnigena*; die unvollständige aber die Frayß-Cent, *Centena specialis*

57) Wrogen oder Wrügen hieß in der Sprache des Mittelalters so viel als anklagen, anzeigen, strafen. S. Glosse *ad Art. 51. lib. I.* des Sächs. Landrechts. Wachter und Haltaus haben dieses Wort in ihren Glossariis übersehen. Man sehe aber SCHERZ Glossar. germ. medii aevi Tom. II. pag. 2062. und SENCKENBERG Corpus iuris germ. T. I. P. II. p. 53.

58) S. Meisters ausführl. Abhandlung des peinl. Processes 1. Abschn. 12. Hptst. §. 8—10. S. 586. ff. Gewöhnlich ist diejenige Criminalgerichtsbarkeit, die vermöge einer Staatsrechtsdienstbarkeit auf einem fremden Territorium ausgeübt wird, nur auf die vier Hauptwrogen beschränkt, jedoch nicht immer. Man sehe die Betrachtungen über das Recht der peinlichen Gerichtsbarkeit auf fremden Gebiete, im Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak 5. Bandes 1. St. Nr. II. S. 35. ff. Man sehe auch MALBLANC Consp. rei iudic. §. 98.

59) S. Meisters Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 12. Hptst. §. 16. ff. S. 599. ff. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 104.

rialis s. *limitata*, genennt [60]). Sie ist ferner entweder mit dem Rechte, peinliche Urtheile zu vollstrecken, verbunden, oder nicht. Im ersten Falle wird sie mit dem Namen des Blutbannes [61]) bezeichnet. Mit demselben ist das Recht, Gerichtsplätze anzulegen, und Galgen, Rabenstein, Räder, Schandpfähle und andere Zeichen der hohen Gerichtsbarkeit, welche zur Vollstreckung peinlicher Urtheile nöthig sind, errichten, oder, wenn sie verfallen sind, wieder in den gehörigen Stand setzen zu lassen, unzertrennlich verbunden [62]). Es stehet daher dem Gerichtsherrn dieses Recht vermöge seines habenden Blutbanns zu, wenn gleich die Lehnbriefe davon nichts enthalten sollten [63]). Dahingegen klebt das Recht, Zuchthäuser zu errichten, als eine zu den Hoheitsrechten in Polizeysachen schlechterdings gehörige landesherrliche Gerechtsame, dem Blutbann gewöhnlich nicht an, und kann auch nicht aus dem Rechte, Gefängnisse anzulegen, nach richti-

gen

60) S. Grupen von Centgerichten, in desselben Observat. rer. et antiq. germ. et rom. Obs. XXVII. pag. 427. folgg. vorzüglich aber *Henr.* LINCK Diss. de iurisdictione centenae Cap. III. in LEUCHT *Tractat. academ. de iurisdictione.*

61) PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. Cap. I. §. 5. pag. 150. et Cap. II. §. 11. pag. 187. *de* BOEHMER ad *Carpzovium* Quaest. CIX. Obs. 11. und Meister im peinl. Proceß 10. Hptst. §. 6. S. 306. ff.

62) *de* BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzovium* Qu. CIX. Obs. 7. und besonders *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. *Altorf.* 1712. auch Meister Hptst. 11. §. 42. S. 532.

63) S. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. 2. Th. §. 788. und Dorn Versuch eines practischen Commentars über das peinl. Recht. 2. Band. §. 300. S. 60.

gen Gründen gefolgert werden [64]). Im letztern Falle wird das Recht, Verbrechen zu untersuchen, und peinliche Strafen zu erkennen, mit welchem der Blutbann nicht verbunden ist, die hohe Gerichtsbarkeit, oder Halsgericht schlechtweg genennt [65]; obgleich auch eben so oft unter diesen Benennungen die vollkommene peinliche Gerichtsbarkeit mit Inbegriff des Blutbannes verstanden wird. Daher man in einzelnen Fällen auf die Verfassung und den Sprachgebrauch eines jedes Landes vorzüglich Rücksicht zu nehmen hat [66]). Der Unterschied zwischen hohen und niedern,

64) S. J. J. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen. Kap. 6. §. 17. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Commentat. de iure ergastula instituendi ex iurisdictione criminali haud fluente. *Goettingae 1784:* Ebenderselbe in den practischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Band. 3. Bemerk. S. 34—37. und Detl. Chr. G. von Bülow über die Befugniß, Zuchthäuser anzulegen. Göttingen 1802. 8.

65) In dem Wertheimischen gegründeten Gegenbericht wider Würzburg Kap. 12. S. 310. und in sehr vielen andern Urkunden ist dieser Unterschied bemerklich. S. Klübers Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen S. 40. S. 90. 91. und an mehrern Orten.

66) Ordentlicher Weise ist zwar zu vermuthen, daß die Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit auch den Blutbann mit in sich fasse. Allein wenn in einem Lande der Blutbann der peinlichen Gerichtsbarkeit entgegengesetzt wird, so hat derjenige, welchem die letztere verliehen worden ist, nur das Recht, Verbrechen zu untersuchen und peinliche Strafen zu bestimmen; demjenigen Richter aber, dem der Blutbann verliehen worden, stehet alsdann das Recht zu, peinliche Erkenntnisse zu vollziehen. S. PUFFENDORF de iurisdictione germ. p. 185. und Meisters peinl. Proc. S. 312. Beyspiele

dern, oder Ober- und Untergerichten ist übrigens sehr alt. Schon in Karls des Grossen Capitularien findet man ihn [67]). Der Ursprung desselben [68]) ist wohl am natürlichsten den hohen Begriffen zuzuschreiben, welche die Teutschen in den ältesten und mittlern Zeiten mit dem Blutbanne verbanden; da sie solchen anfänglich nur einem höhern Wesen, in dessen Namen derselbe von der Geistlichkeit ausgeübt ward [69]) und nachher nur dem Könige gestatteten. Dieser sonderte ihn daher bey Verleihungen der Gerichtsbarkeit sorgfältig von der bürgerlichen ab [70]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Criminaljurisdiction auch mit mancherley Lasten verknüpft ist. Dahin gehört 1) die Besoldung der zur Ausübung derselben erforderlichen Gerichtspersonen. 2) Der Auf-

spiele von Städten, wo dieser Unterschied herrscht, führt Hr. Prof. Eisenhart in dem Versuch einer Anleitung zum teutschen Stadt- und Bürgerrechte (Braunschweig 1791. 8.) §. 84. S. 116. an.

67) S. Klüber in dem angef. Versuche S. 88. Not. *.

68) Man vergleiche Joh. Sam. Friedr. Böhmer von dem Ursprunge des Unterschieds zwischen hohen und niedern Gerichten, in den Hallischen Anzeigen vom Jahr 1736. Nr. XVI. und in Schotts jurist. Wochenblatte 2. Jahrg. S. 744. auch BOEHMER in Obſervat. ſelect. ad *Carpzov.* Quaeſt. CIX. Obſ. 3. Eine Geschichte der teutschen peinlichen Gerichtsbarkeit enthält *Lud.* GOECKEL Diſſ. de forma iurisdictionis criminalis apud Germanos. *Altorfii 1735.*

69) TACITUS *de morib. Germanor.* cap. 7. sagt: Neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem, niſi *ſacerdotibus*, permiſſum: non quaſi in poenam, nec ducis iuſſu, ſed *velut Deo imperante.*

70) Klüber in dem angef. Versuche S. 137. Not. *).

Aufwand der Kosten, welche die Errichtung und Ausbesserung der zur Ausübung derselben nöthigen Sachen erfordert. 3) Die Uebernehmung der Proceßkosten, wenn der Angeschuldigte, oder andere Personen, welche dazu verpflichtet sind, sie nicht tragen können [71]. Man behauptet auch 4) daß nach der Regel dem peinlichen Gerichtsherrn die Verbindlichkeit obliege, die Findlinge zu ernähren [72]; allein ohne zureichenden Grund [73].

§. 196.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geistliche und weltliche. Bestimmung des Begriffs der kirchlichen Rechtssachen.

Nicht minder wichtig in Ansehung des Gegenstandes ist die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geistliche oder kirchliche, und in die weltliche oder bürgerliche. Ich nehme hier die geistliche Gerichtsbarkeit [74]) im heutigen strengsten Verstande, nicht in dem aus-

71) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 101. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 499.

72) CARPZOV Pract. nova rer. crim. P. I. Qu. X. nr. 25. sqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. DCXIII. medit. 5 — 8. v. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 285. am Ende S. 423.

73) S. Meisters peinl. Proceß. Hptst. 11. §. 45. S. 548. f. de BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. X. Obs. 4. und Carl von Dalwigk über die Verbindlichkeit zur Verpflegung und Erziehung ausgesetzter Kinder. In Desselben kleinen juristischen Abhandlungen. 1. Bändchen. Frankfurt am Main 1788. Nr. III. S. 57. ff.

74) Hauptschriften in dieser Materie sind *Ant. Dadin.* ALTESERRAE ecclesiasticae iurisdictionis vindiciae adversus *Caroli Fevreti* et

ausgedehnten Sinne der römisch-katholischen Hierarchie [75], und versteht darunter diejenige öffentliche Gewalt, welche sich mit der Administration der Justiz in kirchlichen Rechtssachen beschäftiget [76]. Die weltliche Gerichtsbarkeit

et aliorum tractatus de abusu. *Parisiis* 1710. 4. und zugleich mit des FEVRET Traité de l'Abus. *Lugduni* 1736. f. *Henr. Mich.* HEBENSTREIT Dissertationes tres de historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque Codicis illustrata. *Lipsiae* 1773. 1777. 1778. (Maier) von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstand in zeitlichen Sachen. Tübingen 1781. 8. auch (Spittler) von der Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in geistlichen Sachen. 1779. 4. und *G. L.* BOEHMER Orat. de finibus iurisdictionis imperialis quoad in caussis ecclesiasticis competit, in EIUS *Observat. Iuris Canon.* Nr. V.

75) In dem katholischen Kirchenrechte wird unter dem Namen der kirchlichen Jurisdiction im weitläuftigsten Verstande die ganze Kirchengewalt verstanden, so wie dieselbe nach dem hierarchischen System der römischen Kirche beschaffen ist. In einer mehr eingeschränkten Bedeutung hingegen wird die kirchliche Gerichtsbarkeit genommen, wenn man bey einem katholischen Bischoffe die *lex iurisdictionis* und die *lex dioecesana* unterscheidet. Das Recht, geistliche Rechtshändel zu entscheiden, ist nur ein Stück von der lege iurisdictionis. Das weitere liegt ausser meiner Sphäre. S. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institutiones Iurisprud. eccles. P. II. §. 254. 255. EYBEL Introduct. in ius ecclesiast. Catholicor. Tom. IV. §. 471. pag. 614. sq. von Sartori geistl. und weltl. Staatsrecht der teutschen Stifter. 2. Bandes 2. Th. 1. Abschn. §. 1214. S. 115.

76) *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 502. sagt: IURISDICTIO ECCLESIASTICA est *potestas publica ius dicendi caussis et personis potestati ecclesiasticae subiectis.* und Herr Prof. MALBLANC in Consp. rei iudic. §. 118. sagt: *Iurisdictio eccle-*

keit hingegen ist diejenige, welche hauptsächlich weltliche Rechtssachen zum Gegenstande hat. Alles beruhet nun auf der Bestimmung des Begriffs der geistlichen oder kirchlichen Rechtssachen [77]. Es ist schwer, hiervon einen so

ecclesiastica sensu strictiori est facultas in caussis ecclesiasticis ius dicendi. Fast eben so HOFACKER in Princip. iur. civ. T. III. §. 4208. I. E. sagt er, est potestas ius dicendi in caussis potestati ecclesiasticae subiectis. Hiervon weicht hingegen Herr Reg. Rath Eichmann in seinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. §. 196. S. 87. ab, wo er die kirchliche Gerichtsbarkeit für diejenige Gerichtsbarkeit nimmt, welche mit der Kirchengewalt, ohne ihre Natur anzunehmen, zur bessern Erreichung der Absicht derselben, verbunden ist, und damit zugleich ausgeübt wird.

77) Hier verdienen folgende Schriften bemerkt zu werden: *Mart.* SCHRADER Tr. de caussis fori ecclesiastici ex iure communi civili et canonico, nec non constitutionib. ac observantia Ecclesiarum, inprimis vero Evangelicarum, deductus. *Guelpherb.* 1710. 4. *God. Leonh.* BAUDIS Differtat. de indole caussarum ecclesiasticarum et de fundamentis earundem. *Lipsiae* 1735. 4. *Rupert.* STARCH Iudex ecclesiasticus. *Salisb.* 1748. 4. Hr. Hofr. Schnauberts kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 1. Theil. (Gießen 1782. 8.) Nr. II. S. 22—45. Beyläufig, und doch sehr gründlich handeln von Kirchensachen auch noch Spittler in der Not. 74. angef. Schrift §. 14. u. 15. und Ebenderselbe in den vorläufigen Gedanken über einen Rechtsfall, die Bestellung eines katholischen Beamten in einem evangelischen Ganherrschaftsorte betreffend. (Frankfurt und Leipzig 1783. 4.) 1. Abschn. §. 1—5. und Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 1. Th. Resp. XVI. S. 184. ff. und 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. S. 250. ff.

so allgemeinen Begriff aufzustellen, der uns in Stand setzte, in jedem einzelnen Falle sogleich die Gränzscheidung zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit ausfindig zu machen. Denn einmal stimmen hierin die Meinungen der verschiedenen Religionspartheyen in Teutschland noch so wenig mit einander überein, daß auch die neueste kaiserliche Wahlkapitulation sich des Wunsches nicht enthalten können, daß die causae saeculares von den ecclesiasticis rechtlich distinguirt werden möchten [78]). Sodann macht auch die so sehr verschiedene Kirchenverfassung in einem jeden einzelnen Staate Teutschlandes die Feststellung eines allgemeinen Standpunkts für kirchliche Rechtssachen fast unmöglich.

Soviel ist indessen gewiß, daß nicht alle und jede Kirchensachen gleich als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit anzusehen sind. Man hat daher, um alle Verwirrung zu vermeiden, vor allen Dingen zwischen Kirchensachen überhaupt, und solchen kirchlichen Rechtssachen zu unterscheiden, die als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind.

Kirchensachen (*causae ecclesiasticae*) sind überhaupt solche Angelegenheiten, welche sich als Mittel zur Beförderung des kirchlichen Zwecks der gemeinsamen Gottesverehrung verhalten [79]). Diese sind von zweyerley Art.

1) Solche, welche schon an sich und ihrer Natur nach Mittel zur kirchlichen Gottesverehrung sind. (*Causae mere ecclesiasticae*). Zu diesen gehören z. B. die Sakramente und

 deren

78) Wie es Art. XIV. §. 5. heißt.

79) Schnaubert über Kirche und Kirchengewalt in Ansehung des kirchlichen Religionsbegriffs. (Jena 1789.) S. 67. folgg.

deren Verwaltung, ferner der kirchliche Religionsbegriff, der öffentliche Vortrag des göttlichen Worts u. d.

2) Solche, welche an sich weltliche Sachen sind, und also ihrer Natur nach zur Religion nicht gehören, die aber doch als Mittel zum Zwecke der Kirche dienen können, und auch vermöge der Kirchengewalt wirklich dazu bestimmt sind. (*Causae ecclesiasticae mixtae*). Diese gemischte Kirchensachen können entweder solche seyn, wodurch der Zweck der Kirche unmittelbar befördert wird, wie z. B. kirchliche Gebäude, und andere kirchliche Geräthschaften; oder solche, wodurch der kirchliche Zweck nur mittelbar befördert wird, z. E. Güter und Revenüen der Kirche zum Unterhalt der Geistlichen, desgleichen zum Bau und Reparatur der kirchlichen Versammlungshäuser.

Beyde Arten von Kirchensachen sind zwar Gegenstände der Kirchengewalt, nur müssen alle Anstalten und kollegialische Verfügungen darüber a) zweckmäßig seyn, und dürfen auch b) weder den Vorschriften Gottes in der heiligen Schrift, noch c) der Gewissensfreyheit der einzelnen Mitglieder zuwider seyn [80]).

So wenig jedoch irgend eine Gesellschaft im Staate sich eine Gerichtsbarkeit anmaßen darf, die nur die höchste Gewalt im Staate zur Quelle haben kann, und also ohne deren besondere Verleihung niemanden zukommt; so wenig kann auch eine kirchliche Gesellschaft aus eigner Macht eine eigentliche Gerichtsbarkeit in Ansehung der sie betreffenden Angelegenheiten ausüben, oder Jemanden ihres Mittels auf-

tra-

80) Schnaubert a. a. O.

tragen [81]. Zwar ist in der Kirchengewalt das Recht begriffen, bey Streitigkeiten in Kirchensachen zu bestimmen, was den Kirchengesetzen gemäß ist [82]. Allein diese Bestimmung ist eine blos kollegialische Entscheidung, welche von der Gerichtsbarkeit ganz verschieden ist [83]. Daß auch von den ersten christlichen Kirchen nur ein solches kollegialisches Bestimmungsrecht wirklich ausgeübt worden, lehrt die Geschichte. Denn so lange Nichtchristen Kaiser waren, unter deren Regierung oft die härtesten Verfolgungen gegen die Christen in dem weiten Umfange ihrer Monarchie verhängt wurden, war es doppelt bedenklich, Angelegenheiten der Christen unter sich nur zur Kenntniß feindselig gegen sie gesinnter Richter und Obrigkeiten gelangen zu lassen. Da

 gab

81) Man vergleiche hier *Henr. Mich.* HEBENSTREIT Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque Codicis illustrata. Dissertat. I. praes. *Io. Theoph.* SEGERO def. *Lipsiae 1773.* §. 2.

82) *G. L.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 238.

83) Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten und Katholiken in Deutschland §. 104. u. 105. Die katholischen Canonisten nehmen zwar eine der Kirche eigene, ursprüngliche und wesentliche Gerichtsbarkeit an, welche die christliche Kirche von ihrem Stifter erhalten habe; man sehe RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 503. sqq. und *Car. Seb.* BERARDI Commentar. in ius eccles. univers. Tom. I. (*Venetiis* 1778. 4.) Dissert. I. cap. 3. Allein sie gestehen selbst: hanc iurisdictionem ecclesiae esse totam *spiritualem* et ad *interna* sive *ad animarum salutem* unice sese extendere, wie *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iure eccles. univ. Tom. IX. (edit. *Io. Pet.* GIBERT *Venetiis 1782.* fol.) pag. 188. sagt; er unterscheidet daher ausdrücklich inter iurisdictionem *proprie dictam*, quae *coactiva* est, et iurisdictionem *improprie dictam*, ac *spiritualem*, Ecclesiae eiusque episcopis a *Christo* datam.

gab sich's von selbst, daß die christlichen Gemeinden ihre innern Einrichtungen kollegialisch so gut, wie sie konnten, behandelten, und daß Streitigkeiten über Gegenstände, wo Religionsgrundsätze Einfluß hatten, in der Stille vermittelt, oder schiedsrichterlich abgethan wurden. Zwar konnte dabey das Ansehen eines rechtschaffenen Bischoffs zuweilen von großem Gewichte seyn; es konnten auch wohl mehrere Bischöffe benachbarter Gemeinden zuträglich finden, durch gegenseitige Mittheilung ihrer Gedanken, Rathschläge, und Erfahrungen sich zu unterstützen. Allein an eine von Bischöffen oder Kirchenversammlungen auszuübende Gerichtsbarkeit war noch nicht zu denken [84]). Erst von der Zeit an, als Constantin der Große sich zur christlichen Religion bekannte, und dadurch das Christenthum die herrschende Religion im römischen Staate wurde, gewannen die kirchlichen Gesellschaften der Christen mehr Freyheit, und auch die Bischöffe erlangten durch Nachsicht oder Verwilligung der christlichen Kaiser eine größere Gewalt. Denn so wie man jetzt den kirchlichen Gesellschaften ihre innerlichen Einrichtungen in kollegialisch kirchlicher Gewalt zu machen überließ, so ließ man auch öffentliche Kirchenversammlungen mehrerer oder aller zum römischen Reiche gehöriger Bischöffe halten, um nicht nur in der kirchlichen Verfassung, sondern auch selbst in den Lehrsätzen eine Gleichförmigkeit zu bewirken

84) Man sehe SARPI Hist. Concil. Trident. Lib. IV. p. 297. sqq. *Ios.* BINGHAMI Origines s. antiquitat. ecclesiast. Lib. II. cap. 7. und besonders BAUDIS in der angef. vortreflichen Dissertation de indole causarum ecclesiasticar. §. 27. und HEBENSTREIT cit. Diss. §. 6. sqq.

ken [85]); und gestattete auch zur Schlichtung vorkommender Streitigkeiten eine sogenannte bischöffliche Audienz [86]). Diese bischöffliche Audienz war zwar noch keine wahre Jurisdiction, weil sie mit keinem Imperium verbunden war, welches blos den römischen Magistratspersonen zustand [87]). Allein sie war doch auch kein bloses Schiedsrichteramt, sondern es war ein wichtiger Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Sachen. In weltlichen Sachen hatten die Bischöffe durchaus keine Jurisdiction, auch nicht einmal in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Geistlichen vor Justinian [88]); sondern sie konnten in solchen Sachen blos den Schiedsrichter machen, wenn sie von den Partheyen durch Compromiß dazu waren gewählt worden, die Partheyen mochten geistlichen oder weltlichen Standes seyn. Von den Aussprüchen der Bischöffe hatte keine Provocation Statt, die Vollstreckung derselben aber gehörte vor die welt-

 liche

85) Spittlers Geschichte der christlichen Kirche S. 86. u. f. (der 3ten Aufl.) Pütters hist. Entwickelung der heutigen Staatsverfassung des teutschen Reichs. 1. Th. S. 18. ff. und Desselben Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts. 2. B. S. 26 f.

86) Von dieser audientia episcopali handelt ausführlich HEBENSTREIT cit. Dissertat. I. §. 22. sqq. und Diss. II. (*Lipsiae 1776.*) §. 12. sqq.

87) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. t. §. 2. vergleicht daher die audientia episcopalis mit der notio iudicum pedaneorum. (§. 186.) Allein sie war mehr als notio. Das Wort audientia wird auch von Magistratspersonen gebraucht. *L. 1. C. de iurisdict. L. un. C. ne liceat in una ead. caus. L. 29. C. Th. de appellat.*

88) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523.

liche Obrigkeit [89]). Allein in Sachen, welche die Religion und Kirchendisciplin betrafen, waren die Bischöffe schon seit Valentinian I. die ordentlichen Richter [90]). In solchen Sachen hatte auch die Appellation Statt [91]).

In einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius [92]) wird der Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Sachen in Absicht auf die Competenz des Gerichtsstandes besonders bemerklich gemacht, wenn es daselbst heißt: Quoties *de religione* agitur, episcopos convenit iudicare; *caeteras* vero *causas*, quae *ad ordinarios cognitores*, vel *ad usum publici iuris* pertinent, *legibus* oportet *audiri*. Daß aber schon vorher die Bischöffe die ordentlichen Richter in Kirchensachen gewesen, beweißt die Verordnung des Kaisers Valentinian I. auf welche sich Ambrosius in einem Briefe an Valentinian II. [93]) beruft, um damit sein Nichterscheinen vor dem *Sacro Consistorio*

98) Ein solches Privilegium hatte zuerst K. Constantin der Große den Bischöffen ertheilt, wie SOZOMENUS in Histor. Eccles. Lib. I. c. 9. erzählt. Die Verordnung des Kr Constantin, welche *L. 1. C. Th. de episcopali iudicio* vorkommt, ist untergeschoben. S. HEBENSTREIT Historia iurisdictionis eccles. Diss. II. §. 16. Ein gleiches verordnete Kr Honorius *L. 7. et 8. C. de episcop. audientia.*

90) HEBENSTREIT cit. Historia Diss. I. §. 23. sqq.

91) *Corn. Wilh. de* ROEHR Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprudentiam Romanam. Fascic. I. (*Groningae* 1776. 8.) Diss. III. §. 7. pag. 93.

92) *L. 1. Cod. Theod. de Religione.*

93) Lib. II. Epist. 13.

rio Principis, wie er sich ausdrückt, zu entschuldigen, von welches er war gefordert worden, um sich mit dem Arianer Auxentius über eine Religionsstreitigkeit vernehmen zu lassen. Die Worte jener Verordnung [94]), so wie sie Ambrosius angiebt, lauteten so: *In causis fidei, vel ecclesiastici alicuius ordinis eum iudicare debere, qui nec munere impar sit, nec iure dissimilis*; welche Worte er so auslegt: Sacerdotes de Sacerdotibus voluit iudicare. Quin etiam, si alias quoque argueretur Episcopus, et *morum esset examinanda causa*, etiam hoc voluit ad *episcopale iudicium* pertinere. Man sieht hieraus, daß in bürgerlichen Sachen des Klerus noch keine geistliche Gerichtsbarkeit begründet war. Ambrosius giebt dieses selbst dadurch zu erkennen, wenn er am Schluß die Worte beyfügt: *Quando audisti, clementissime Imperator*, in causa fidei *laicos de episcopis iudicasse*? Früh genug versuchten zwar die Bischöffe, sich auch in den bürgerlichen Rechtssachen der Geistlichen eine Gerichtsbarkeit anzumassen, worüber zwischen ihnen und den prefectis praetorio viel Streitigkeiten entstanden [95]). Allein durch eine Verordnung des Kaisers Valentinian III. [96]) wurde die zur Ungebühr erstreckte bischöffliche Audienz wieder in ihre Schranken zurück gebracht, in welcher die Worte: cum *inter Clericos* iurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat Episcopus licentiam iudicandi, *praeeunte tamen vinculo compromissi*.

94) Man findet das Rescript des Kaisers Valentinian I. auch bey BARONIUS in Annal, ad ann. 379. n. 40.

95) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523. S. 362. f.

96) Novellar. Collect. *Ritter*. Lib. II. Tit. 12. S. meinen Commentar Th. 6. S. 364. Not. 21.

missi. — Quoniam constat, *Episcopos et Presbyteros forum legibus non habere*, nec *de aliis caussis*, secundum ARCADII et HONORII divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit, *praeter religionem*, posse cognoscere. — Si vero petitor laicus, seu in civili seu criminali causa, *cuiuslibet loci clericum* adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam *in publico iudicio* respondere compellat; ausser allen Zweifel setzen, daß damals die Geistlichkeit in weltlichen Sachen noch der Jurisdiction der weltlichen Richter unterworfen gewesen sey. Eben so suchte man auch den Mißbräuchen der Kirchencensur dadurch Einhalt zu thun, daß man einen Unterschied unter kirchlichen und weltlichen Verbrechen machte, und die Untersuchung der erstern den geistlichen, die Bestrafung der letztern aber den weltlichen Richtern ausschließlich zueignete [97]). Uebrigens aber blieben die Jurisdictionsverhältnisse in Ansehung der im Eigenthum befindlichen Sachen, wenn sie auch als Mittel zur Gottesverehrung angesehen wurden, unverändert [98]). Erst Justinian erweiterte die bischöffliche Audienz dergestalt, daß er nicht nur alle Kirchensachen [99]) nach dem oben angege-

97) So befahl Kaiser Gratian *L. 23. Cod. Theod. de Episcop. Eccles. et Cleric.* causas ex levibus delictis ad religionis observantiam pertinentes, locis suis et a suae Dioeceseos synodis audiri, exceptis, quae actio criminalis ab ordinariis extraordinariisque iudicibus aut illustribus potestatibus audienda constituit. S. *Iac.* GOTHOFREDUS ad h. L. und HEBENSTREIT cit. Historia I. E. Diss. I. §. 26.

98) S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 105.

99) *L. 29. §. 4. Cod. de episcop. audient.* sagt Justinian: Has autem actiones siquidem *ad negotia ecclesiastica* pertinent, necesse

gegebenen Begriffe, nebst der Cognition über kirchliche Verbrechen [100]), derselben ausschließlich zueignete, sondern auch die Bischöffe zu ordentlichen Richtern der Geistlichen in erster Instanz bestellete, bey denen dieselben nun auch in bürgerlichen Sachen belangt werden sollten [1]). Ueberdem erlaubte er zur Behauptung des Rechts der Kirchendisciplin geistliche Gefängnisse, die man *decanica* oder *diaconica* nannte [2]), und überließ der Sorgfalt der Bischöffe manche

necesse fore iubemus, ut a solis religiosissimis Episcopis aut Metropolitanis aut a sacris Synodis aut a sanctissimis Patriarchis cognoscantur. Nach der Novelle 123. Kap. 23. sollen ferner die Oekonomen und Verwalter der Stifts- und Kirchengüter ihre Rechnungen bey dem Bischoff ablegen, und von diesem angehalten werden, dasjenige dem Gotteshause zu bezahlen, was sie demselben aus der Rechnung schuldig sind. Glauben sie, sie seyen durch den Ausspruch des Bischoffs gravirt, so können sie an den Metropolitan, und von diesem an den Patriarchen appelliren.

100) In der Novelle 83. Kap. 1. sagt Justinian nach Hombergk: Quodsi *ecclesiasticum* sit *delictum*, et *castigatione ecclesiastica* atque *multa* egeat, Deo amicissimus *Episcopus* de illo cognoscat, *exclusis clarissimis provinciae Praesidibus*. Volumus enim *civiles iudices* eiusmodi causas plane nescire, cum talia ecclesiastice examinari, et peccatorum animas per multam ecclesiasticam, et sacros divinosque canones lucrari oporteat, quas etiam leges nostrae sequi non dedignantur.

1) *Nov.* 83. et *Nov.* 123. *c.* 8. 21. *et* 22. S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523. S. 370. ff.

2) *Nov. LXXIX. cap.* 3. Von diesen decanicis handeln besonders *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 30. Cod. Theodos. de haereticis. *Iac.* CUJACIUS in Exposit. Nov. 79. und *Ios.* BINGHAM in Originib. s. Antiquitat. Eccles. Vol. III. Lib. VIII. cap. VII. §. 9. pag. 264. sqq.

manche Dinge, welche eigentlich einen Gegenstand der Staatsforgfalt ausmachten [3].

Unter Carl dem Großen wurde nachher die bischöffliche Audienz in eine förmliche von höchster Gewalt wegen den Bischöffen aufgetragene [4], und endlich im zwölften Jahrhundert

3) Z. B. die Sorge für die Beobachtung der Gesetze, die Aufsicht über die Verwaltung der Justiz. Die Bischöffe waren genaue Beobachter der weltlichen Obrigkeiten bey ihrer Amtsführung, diese mußten auch vor dem Bischoff ihren Amtseid schwören. *Nov. VIII. cap. 14.* Begangene Ungerechtigkeiten der Richter berichteten sie dem Monarchen. *Nov. VIII. cap. 8.* Besonders mußten sie darauf sehen, daß die der Verbrechen wegen Inhaftirten in den Gefängnissen menschlich behandelt wurden. *L. 22. Cod. de episcop. audient. L. 6. C. de custod. reor.* S. HEBENSTREIT Histor. iurisdictionis ecclesiast. ex LL. utriusq. Cod. illustrata. Dissert. III. *Lipsiae 1778.* § 15. et 20. *de* RHOER Dissertat. III. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. §. 9. et 10.

4) Dieses geschahe auf der Kirchenversammlung zu Frankfurt 794. in deren Canon 6. festgesetzt wurde: Jeder Bischoff soll in seinem Sprengel die Gerichtsbarkeit verwalten. (*Episcopi iustitias faciant in suis parochiis.*) Jedoch sollten dem bischöfflichen Gericht auch die königlichen Grafen beywohnen. Von den Aussprüchen des Bischoffs soll an den Metropolitan appellirt werden, sollten sich aber die Partheyen auch bey dessen Urteilspruche noch nicht beruhigen, so sollen sie sich in der letztern Instanz an den König wenden, und den Bericht des Metropolitans mitbringen, damit er von der wahren Lage der Sache unterrichtet werde. Es waren daher damals am Hofe des Königs zwey höchste Chargen angeordnet, die des Erzkapelans für das Departement der geistlichen Sachen, und die des Comes Palatii für das Departement der weltlichen Sachen. Man der-

hundert in eine aus eigner Macht den Bischöffen zugeeignete Gerichtsbarkeit verwandelt [5]. Nach diesen mit den verschiedenen Zeitläuften stuffenweis eingetretenen Veränderungen ward nunmehr die Gerichtsbarkeit in die geistliche und weltliche dergestalt abgetheilt, daß sie nach Verschiedenheit der Gegenstände, ob sie nämlich in das Kirchenwesen einschlugen, oder nicht, aus einer zweyfachen von einander abgesonderten Macht, und von zweyerley von einander unabhängigen Gerichten, die eine aus bischöfflicher Macht von geistlichen Richtern, die andere vermöge der weltlichen höchsten Gewalt von weltlichen Obrigkeiten ausgeübt wurde [6]. Man war nunmehr weit entfernt, die geistliche Gerichtsbarkeit aus einer Verleihung oder Nachsicht von irgend einer höchsten Gewalt im Staate herzuleiten. Man hielt es vielmehr für eine ursprünglich von Gott verordnete Einrichtung, daß die geistliche und weltliche Gerichtsbarkeit von einander abgesondert seyn müßten, und jene weder jemals von Rich-

tern

vergleiche hier vorzüglich *Petr. de* MARCA de concordia sacerdotii et imperii. Lib. IV. cap. 7. pag. 355. sqq. In den Kapitularien hatte Carl auch noch allen seinen Richtern und Beamten zur Pflicht gemacht, den Bischöffen zu gehorchen, und ihnen bey der Verwaltung der Justiz willfährig zu seyn. *Capitular.* Lib. VII. c. 306. Den Pflichtvergessenen drohet er Absetzung vom Amt, Verlust aller Würden, und Verbannung aus seinem Reiche. *Capitul.* Lib. V. c. 34. S. *Lud.* THOMASSINI Vetus et nova Ecclesiae disciplina. P. II. Lib. III. cap. 107. (edit. *Magontiacae* 1787. 4.)

5) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 32. not. a. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2. Band 12. Erört. S. 27.

6) Pütter in den angef. Erörterungen 2. B. S. 27.

tern weltlichen Standes ausgeübt werden könnte; noch in irgend einiger Abhängigkeit von weltlichen Richtern stehen dürfte. Diese Sätze wurden so allgemein angenommen, daß man es schon als Kirchenraub und Ketzerey ansah, wenn man sich nur einen Zweifel dagegen in Sinn kommen lassen wollte [7]). So ward also die geistliche Gerichtsbarkeit, die, so wie jede andere Jurisdiction ursprünglich ein Ausfluß der höchsten Staatsgewalt, und folglich unter den Majestätsrechten über die Kirche begriffen ist, mit der kirchlichbischöfflichen Gewalt, als ein zufälliges Annexum, vereiniget, und unter allerley Vorwand [8]) dergestalt erweitert, daß nun die Frage, ob eine Sache geistlich oder weltlich sey, und daher vor die geistliche oder weltliche Gerichte gehöre, nicht mehr aus der Natur der Sache, sondern blos aus den darüber vorhandenen päbstlichen und bischöfflichen Verordnungen entschieden werden mußte.

Durch den Religions- und Westphälischen Frieden [9]) wurde nun zwar mit dem Diöcesanrechte auch die ganze geistliche Gerichtsbarkeit der katholischen Bischöfe über die evangelischen Reichsstände und ihre Unterthanen aufgehoben; es war indessen die Meinung dieser Gesetze keinesweges, das katholischer Seits aufgehobene Diöcesanrecht und die geistliche Gerichtsbarkeit in evangelischen Ländern hiermit zu Bestandtheilen der Landeshoheit zu machen [10]). Es läßt sich auch von dem, was der Friede

7) Pütter a. a. O. S. 44. u. f.

8) Man s. *cap. 13. X. de iudic. cap. 3. eodem in VI. cap. 26. in fin. X. de Verb. Signif. cap. 6. 10. 11. et 15. X. de foro compet. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 244.

9) P. R. de a. 1555. et I. P. O. Art. V. §. 48.

10) Pütters Erörterungen 2. B. S. 60.

Frieden vom Reformationsrechte, als einem Bestandtheile der Landeshoheit enthält, kein Schluß auf die bischöflichen Rechte und deren Surrogat machen [11]. Daher blieb die geistliche Gerichtsbarkeit, was sie nun einmal von so vielen Jahrhunderten her geworden war, auch nach der Reformation ein Annexum der kirchlichen Gewalt [12]. Zwar hätten allerdings die evangelischen Landesherren die geistliche Gerichtsbarkeit als ein ursprüngliches Regentenrecht zurück nehmen, so wie die evangelischen Gemeinden die Kirchendirection als ein ihnen zustehendes Collegialrecht für sich behalten können, da beyde mit jener Aufhebung der bischöflichen Kirchengewalt völlig wieder in den Fall der natürlichen Freyheit gekommen waren. Allein man war nun einmal schon gewohnt, daß kirchliche Angelegenheiten nicht collegialisch; sondern befehlsweise von Obern verhandelt wurden. Was konnten also die evangelischen Gemeinden dagegen haben, wenn evangelische Landesherren und Obrigkeiten die Rechte der päbstlichen und bischöflichen Kirchengewalt selbst ausübten; da jede evangelische Gemeinde den Landesherrn, der mit ihr gleicher Religion war, als ihr erstes Mitglied ansehen konnte, von dem sie nicht Ursach hatte irgend etwas wider ihr Gewissen und wider ihre eigene Religionsgrundsätze zu befürchten? Zwar lehrt die Geschichte, daß in verschiedenen Ländern mit förmlichen Beytritt ganzer Landschaften durch Landesrecesse bestimmt worden, wie die bischöflichen

Rechte

11) Pütters Geist des Westphälischen Friedens S. 443. nr. XIV. Desselben Erörterungen 2. B. S. 90. u. folgg.

12) Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen §. 29. und Desselben teutsches geistliches Staatsrecht. 2. Th. §. 104. u. 105. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 239.

Rechte nunmehr von den mit ihnen gleicher Religion zugethanen Landesherrschaften ausgeübt werden sollten [13]). Aber auch in solchen Ländern und Städten, wo es an ausdrücklichen Verfügungen dieser Art fehlt, kann man doch sicher annehmen, daß die evangelischen Unterthanen es wissentlich gern haben geschehen lassen, wenn ihre Glaubensverwandte Landesherrschaften oder Obrigkeiten von selbst die Ausübung jener bischöflichen Rechte übernommen haben. So erlangten also die evangelischen Reichsstände über ihre Unterthanen durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft mit denselben diejenigen Rechte, die ein katholischer Bischof bisher in seiner Dioces gehabt hatte, und die geistliche Gerichtsbarkeit wurde nunmehr von ihnen durch die neu errichteten Landesconsistorien, nicht vermöge der Landeshoheit, sondern vermöge des ihr zugewachsenen bischöflichen Rechts, wie es bisher seit dem Anfang der Hierarchie gewesen, ausgeübt [14]). Indessen enthält doch auch die Geschichte einzelner evangelischer Länder Beyspiele genug, daß nicht alle evangelische Landesherren die bischöflichen Rechte im ganzen Lande auszuüben bekommen haben, da in manchen Ländern selbst mittelbare Landstädte und landsässige Edelleute die geistliche Gerichtsbarkeit acquirirten [15]).

Da

13) Pütters Erörterungen 2. B. S. 75. ff. wo Not. n. mehrere Beyspiele hiervon angeführt werden.

14) de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obs. 577. §. 8. sqq. ZECH Meditationes de origine, indole, effectibus atque historia iuris reformandi. P. II. Cap. III. §. 23. Maiers geistliches Staatsrecht. 2. Th. §. 104. Pütters Erörterungen 2. B. S. 78. ff.

15) Beyspiele führt Pütter in den Erörterungen 2. Band S. 74. Not. m. an. Man sehe auch *Christ.* DOHNDORF Diss. de

Da also die evangelischen Reichsstände ihre geistliche Gerichtsbarkeit nicht vermöge der Landeshoheit ausüben, so sind sie auch in Rücksicht derselben der kaiserlichen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen. Von einer kaiserlichen geistlichen Gerichtsbarkeit konnte ohnedem schon darum keine Frage seyn, weil weder zur Zeit des Religionsfriedens noch zur Zeit des Westphälischen Friedens nur daran zu denken war, daß der Kaiser, als ein weltlicher Regent, nach den Grundsätzen seiner Kirche der Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sey [16]). Hätten auch die ehemaligen Römischen Kaiser von Constantin dem Großen an, auch ein Carl der Große, auch noch wohl mancher der nachherigen Kaiser die geistliche Gerichtsbarkeit und andere seitdem erst an Pabst und Bischöffe gekommene Rechte ausgeübt; so konnte deswegen doch eine Reviviscenz solcher Rechte, die schon seit mehreren Jahrhunderten außer Uebung gekommen waren, um so weniger Statt finden, da der Westphälische Friede so viele Hauptveränderungen in der ganzen Reichsverfassung begründet hat, die hiermit in wesentlichen Widerspruch kommen würden [17]). Der Westphälische Friede redet zwar Art. 5. §. 53. u. 54. sowohl von geistlichen als weltlichen Sachen, in denen die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte begründet seyn soll; allein unter dem

de iurisdictione ecclesiastica, quatenus magistratui municipali et in specie Hexapolitano competat. *Lipsiae* 1715. §. 24.

16) Malblank Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung und Praxis. 4. Th. §. 52.

17) Pütter a. a. O. S. 118. ff. und S. 129. ff. Desselben Geist des Westphälischen Friedens S. 448.

dem Ausdruck *causae ecclesiasticae* werden dort nicht Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit, sondern nur solche Sachen verstanden, welche Religionsbeschwerden betreffen. In dieser Art Sachen konnte freylich die reichsgerichtliche Jurisdiction auf keine Weise bestritten werden, weil solche aus Gesetzen ihre Entscheidung erhalten, die nicht aus kirchlicher Gewalt, sondern von Kaiser und Reich, vermöge der höchsten Gewalt im Staate und zugleich in Gestalt eines Friedensschlußes zwischen beyden Religionstheilen vertragsmäßig errichtet worden sind [18].

Da man also hier Sachen nur wegen ihres Einflußes auf das Religionswesen als kirchliche Sachen im weitern Verstande von andern blos politischen Sachen unterschied, so bleiben davon diejenigen geistlichen Sachen, welche als eigentliche Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind, gänzlich unterschieden.

Es entsteht also nun die Frage, welches diejenigen Rechtssachen sind, die als Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind? Für solche können nur diejenigen gehalten werden, welche in deu von beyden Religionspartheyen in Teutschland als gültig angenommenen Verordnungen des canonischen Rechts zur Begründung des geistlichen Gerichtsstandes dafür anerkannt sind [19]. Denn so wenig auch zu läugnen ist, daß die Päbste in ihren Verordnungen mehrmals aus den Schranken der Kirchengewalt getreten sind, und unter mancherley Vor-

18) Pütters Erörterungen 2. Band S. 170.

19) Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 129. folgg.

Vorspiegelungen Verordnungen über blos weltliche Sachen gemacht haben, wozu sie nicht berechtiget waren; so ist doch nun einmahl das corpus iuris canonici in Teutschland bey der katholischen Reichshälfte für ein durchaus verbindliches Gesetzbuch, bey dem evangelischen Reichstheil aber für ein Hülfsrecht, soweit es den Lehrsätzen der Religion desselben nicht entgegen ist, angenommen, und es bleibt daher dieses immer die erste und vorzüglichste Richtschnur, was man katholischer Seits für kirchliche Rechtssachen erkennt, und was auch wegen Gleichheit der Reichsreligionen evangelischer Seits, wenn deren Lehrsätze keine andere Bestimmung geben, dafür angenommen wird. Wenn demnach gleich die Protestanten unter sich die Vorschriften des canonischen Rechts nicht durchgehens annehmen, und daher manche Sachen, die das canonische Recht für geistliche hält, in den weltlichen Gerichten verhandeln lassen; so erfordert doch die durch die teutschen Reichsgrundgesetze der evangelischen Religionspartheyn versicherte vollkommene und genaue Gleichheit mit der katholischen, daß, wenn es z. B. bey den höchsten Reichsgerichten darauf ankommt, ob eine Sache, als vor die geistlichen Gerichte gehörig, daselbst nicht anzunehmen sey? alle diejenigen Sachen, welche nach den Principien des canonischen Rechts für kirchliche Rechtssachen gehalten werden, auch eben sowohl in Ansehung der evangelischen, als der katholischen Religionsverwandten für solche geachtet werden müssen, die von diesem höchsten Gerichtsstand eximirt sind [20]). Aber auch da, wo jene Reli-

20) Man sehe die oben Not. 74. u. 77. angef. Spittlerischen Schriften, und Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Resp. XVI. nr. 48. S. 185.

gionsgleichheit nicht hauptsächlich in Betrachtung kommt, gilt in den meisten evangelischen Landen noch ordentlicher Weise die Regel: *Quaecunque causae in iure canonico ecclesiasticis adnumerantur, in foris protestantium quoque in consistoriis sub eadem qualitate ventilantur* [21]): welche aber freylich durch die protestantischen Kirchenordnungen und besondern Gewohnheiten eines jeden Landes nach Maasgebung des evangelischen Lehrbegriffs ihre nähere Bestimmung erhält.

Nach dem canonischen Rechte sind nun die Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit von zweyerley Art. Sie sind nämlich solche entweder wegen der Qualität des Subjects, oder wegen der Qualität des Objects [22]).

A. In Rücksicht des Subjects ist die geistliche Gerichtsbarkeit begründet, wenn die Rechtssache persönliche, nicht ausgenommene, Verbindlichkeiten einer kirchlichen oder geistlichen Person betrift [23]). Kirchliche Personen, insofern sie nämlich als Beklagte anzusehen sind, über welche Recht gesprochen werden soll, sind ihres geistlichen Standes wegen vom weltlichen Gerichtsstande befreyt. Von diesem kirchlichen Gerichtsstande der Geist-

21) *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius Eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. II. §. 23. pag. 995.

22) Man sehe hier Pütters Erörterungen 2. Band S. 141. folgg. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichtsverfassung 4. Th. §. 54.

23) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 242. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten und Katholiken in Deutschland §. 108. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 143.

Geistlichen wird in dem Titel de iudiciis §. 523. ausführlicher gehandelt werden. Hier ist noch folgendes zu bemerken.

1) Unter kirchlichen oder geistlichen Personen werden hier alle diejenigen verstanden, welche zur besondern Beförderung des kirchlichen Zwecks öffentlich angestellt sind. Das canonische Recht [24]) sagt: Generaliter *clerici* nuncupantur omnes, qui in ecclesia Christi deserviunt; also alle diejenigen sind im allgemeinen Sinn Geistliche (clerici) zu nennen, deren besonderer Beruf und Stand der Kirchendienst ist. Dahin gehören nun nicht nur Prediger, sondern auch andere gemeine Kirchendiener, z. E. Küster, Cantoren, Organisten, auch öffentlich angestellte Schuldiener und Schulcollegen [25]). In Ansehung der Katholiken ist zu bemerken, daß eigentlich der ordo Jemand zum Geistlichen oder Clericus macht. Nur diejenigen stehen daher unter den geistlichen Gerichten, die denselben erhalten haben. Die bloße Tonsur ist dazu nicht hinreichend. Diejenigen haben daher das Privilegium des geistlichen Gerichtsstandes nach dem Tridentinischen Concilium [26]) nicht, welche bloß die erste Tonsur erhalten haben, wenn nicht damit der Besitz einer geistlichen Pfründe, oder ein wirklicher Kirchen- oder Schuldienst verbunden ist [27]).

24) *Can. 1. Dist. 21.*

25) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Th. Resp. XVI.

26) *Sess. XXIII. cap. 6.*

27) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iuris eccles. P. II. §. 533.

2) Die Rechtssachen kirchlicher Personen sind jedoch nur dann als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit anzusehen,

a) wenn sie dabey als Beklagte zu betrachten sind. Tritt also ein Geistlicher wider einen Weltlichen als Kläger auf, so gilt die Regel: *actor sequitur forum rei* [28]).

b) die Sache muß persönliche Verbindlichkeiten der kirchlichen Person betreffen. Der befreyete geistliche Gerichtsstand, welchen solche Personen haben, fällt daher weg,

α) bey dinglichen Klagen, welche gegen sie vor dem weltlichen Richter, in dessen Jurisdictionsbezirke die Sache, welche sie zum Gegenstande haben, gelegen ist, angestellet werden müssen [29]). Es kommt nichts darauf an, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Daher kann

28) *Cap. 5. X. de foro competente,* wodurch das ältere canonische Recht *can. 35. et 37. C. XI. Qu. 1.* des Gratianischen Dekrets wieder aufgehoben worden ist. S. RIEGGER c. l. §. 536.

29) *Cap. 20. X. de foro comp. L. 38. D. de iud. L. 66. D. ad SCtum Trebell. L. 1. et 3. C. Ubi in rem act.* Nach dem Rechte der Dekretalen ist dieß zwar so ausgemacht nicht. Man sehe ALTESERRA Vindiciae iurisdict. eccles. Lib. III. cap. 7. Allein offenbar konnte hier keine Ausdehnung eines Privilegiums Statt finden, welches der geistliche Stand nicht den Päbsten, sondern der Güte der Fürsten zu verdanken hat. So urtheilt auch RIEGGER c. l. §. 537. und hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch überein. Man vergleiche auch *van* ESPEN ius eccles. univ. Tom. IV. P. III. Tit. I. cap. 6. und *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 2. §. 58.

kann die Reivindication und die hypothekarische Klage sowohl wegen beweglicher als unbeweglicher Sachen gegen sie in foro rei sitae angestellet werden[30]). Denn der Gerichtsstand der gelegenen Sache wird durch keinen persönlich befreyten Gerichtsstand aufgehoben[31]). Ein Gleiches gilt von vermischten Klagen, die theils aus einem dinglichen, theils aus einem persönlichen Rechte entspringen, z. B. Erbschaftsklagen, Erbtheilungsklagen.

β) Wenn geistliche Personen blos in der Eigenschaft als Besitzer einer streitigen Sache belangt werden, welches bey den possessorischen Klagen, desgleichen bey den actionibus in rem scriptis der Fall ist, z. B. actio ad exhibendum, actio quod metus causa. Hier können sie auch vor dem Gerichtsstande der gelegenen Sache belangt werden[32]).

c) Die geistliche Gerichtsbarkeit ist in allen persönlichen Sachen der Geistlichen gegründet, sie mögen Civil-

30) Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 166.

31) Pütters auserles. Rechtsfälle 1. B. S. 6. nr. 24. WERNHER Observat. for. P. I. Obs. 305. nr. 27.

32) RIEGGER c. l. §. 527. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. II. §. 112. pag. 124. HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 138. not. c. *I. H.* BOEHMER Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 2. §. 60. Anderer Meinung ist zwar *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 242. not. b. dem ich auch ehemals beystimmte. Allein man kann ja actiones in rem scriptas auch in foro rei sitae anstellen, *L. 38. in fin. D. de iudic.* und diesen Gerichtsstand müssen auch Geistliche anerkennen. S. den 6. Th. dieses Commentars §. 519. S. 329. folg. Man vergleiche auch Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 5. Th. S. 169.

oder Criminalsachen seyn. Kr. Friedrich II. hat nämlich den Gerichtsstand der Geistlichen auch mit auf die Criminalsachen derselben ausgedehnt[33]); jedoch ist in solchen Sachen die kirchliche Gerichtsbarkeit nur in so weit begründet, als dieselben eine kirchliche Strafe nach sich ziehen[34]), nicht aber in solchen Verbrechen, worauf eine eigentliche peinliche Leibes- oder Lebensstrafe erfolgt[35]). Jedoch bleibt auch hier immer die Jurisdiction der geistlichen Gerichte so lange begründet, bis der geistliche Verbrecher feierlich degradirt, oder förmlich abgesetzt worden ist. Entsteht darüber ein Streit, ob der Verbrecher zur Degradation geeigenschaftet sey, so entscheidet die höchste Justizbehörde des Landes[36]).

B. In Rücksicht des Objects sind diejenigen Rechtssachen als Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit anzusehen, welche entweder den kirchlichen Gottesdienst selbst und unmittelbar betreffen, oder mit demselben connex sind, und daher nur im mittelbaren und entferntern Verhältniß mit der Religion stehen. Jene werden **rein geistliche Rechtssachen** (*causae ecclesiastice mere tales*, s. *intrinsece spirituales*) diese aber **gemischt geistliche Rechtssachen** (*causae ecclesiasticae mixtae* s. *accessoriae et per*

33) Avth. *Statuimus.* Cod. de Episcop. et Cler.

34) *Cap. 8. X. de iudic.*

35) *Cap. 10. X. eodem.* S. *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. c. l. §. 67. Eichmanns Erklärungen a. a. O. S. 150. folgg. und eines Ungenannten Abh. von dem peinlichen Gerichtsstande geistlicher Verbrecher in Teutschland. 1802. 8.

36) *Nov. 123. cap. 21. §. 1.* MALBLANC Conspect. §. 121. lit. B. pag. 233. Des Ungenannten angef. Abh. §. 16.

per accidens spirituales, causae spiritualibus annexae) genennt.

Zu den geistlichen Rechtssachen der ersten Art gehören

1) diejenigen, welche Religions- und Glaubenslehren, Uebung des Gottesdienstes, und dessen Ceremonien überhaupt, insonderheit aber die Liturgie, die Einführung oder Veränderung der Gesang- und Gebetbücher, Katechismen, kirchliche Festtäge, desgleichen die Frage betreffen, ob jemand der herrschenden Religion im Staate zugethan sey, oder nicht, oder ob irgend ein Mitglied der Kirche, oder ein öffentlicher Religionslehrer irrige und dem Symbol der Kirche widersprechende Lehren ausstreue und vortrage, und ob er daher noch ferner die Rechte der kirchlichen Gesellschaft genießen könne, oder nicht vielmehr auszuschließen sey? [37])

2) Alle die innere Kirchendisciplin, die Synodalversammlungen und die geistlichen Visitationen betreffende Sachen [38]).

3) Sachen, welche die geistlichen Aemter, die Bestellung der Kirchen- und Schulministerien [39]), Benefizien, strei-

37) S. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung und Praxis 4. Th. S. 205. und Ebendesselben Conspect. rei iudiciar. §. 121. Ferner Sartori geistlich- und weltliches Staatsrecht der deutschen katholisch geistlichen Stifter 2. Bandes 2. Th. 1. Abschn. Kap. 43.

38) Mosers deutsche Justizverfassung 1. Th. S. 864.

39) *I. P. O. Art. V. §. 31.* Daß auch Schulsachen zu den Kirchensachen zu rechnen sind, hat Pütter in den Rechtsfällen 1. B. 1. Th. Resp. XVII. S. 212. ausführlich gezeigt. Man sehe auch Ge. *Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 455.

streitige Wahlen, Postulationen, Translocationen, Resignationen, Präsentationen, Ordinationen, Introductionen, Confirmationen, Suspensionen, Remotionen und Depositionen geistlicher Diener, Einrichtungen und Veränderungen der Pfarreyen, so wie auch Ordens-Profeßionen betreffen[40]. Besonders

4) Ehesachen, insofern der Streit nicht das Vermögen der Ehegatten, sondern das Band der Ehe selbst betrift. Dahin gehört, wenn über Eheverlöbnisse[41], ferner über die Gültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe, desgleichen über Ehescheidungen gestritten wird[42]. Der Hauptgrund, den die catholische Kirche zur begründung des geistlichen Gerichtsstandes für Ehesachen daher nimmt, daß die Ehe ein Sakrament sey, wird zwar von den Protestanten nicht angenommen. Sie halten sich auch in Beurtheilung dieser Sachen nicht an die katholischen Kirchengesetze, sondern an die Vorschriften der Bibel, und die evangelischen Kirchenordnungen des Landes. Aber in sofern denn doch auch diese Sachen bey uns Protestanten aus geistlichen Ent-

40) Malblank a. a. O. Sartori a. a. O. §. 1369. 1370. u. 1373. u. Pütters Rechtsfälle 1. Band Resp. XVI. nr. 50.

41) Bey den Katholiken gehören nur Sponsalia de praesenti hierher, denn nur diesen ist die Eigenschaft des Sakraments beygelegt. Sponsalia de futuro rechnen sie zu den causis ecclesiasticis, *quae spiritualibus tantum sunt annexae*. S. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Tom. I. §. 241. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 205. seqq.

42) *Cap. 3. X. de ord. cognit. c. 7. X. qui filii sint legitim. cap. 16. X. de officio et pot. iud. deleg.* *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 341. MALBLANC Conspect. §. 121. nr. 3.

Entscheidungsquellen zu beurtheilen sind, so gehören sie auch bey uns ordentlicher [43]) Weise vor die geistlichen Gerichte [44]).

Soviel hiernächst die gemischt geistlichen Rechtssachen anbetrift, so gehören dahin

1) Streitigkeiten über Kirchengüter, Kirchenzehnden und andern Revenüen der Kirche, so wie auch über deren Verwaltung und Verwendung [45]); ferner über legata pia [46]).

2) Streitigkeiten über die Gränzen der geistlichen Gerichtsbarkeit, und deren Beeinträchtigung [47]).

3) Patronatssachen [48]).

4) Begräbnißsachen [49]).

5) Sa-

43) BOEHMERI cit. Princip. §. 343.

44) Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2. Band S. 150. f.

45) MALBLANC cit. Conspect. pag. 233.

46) *Ge. Lud.* BOEHMERI Observation. iuris canon. Obs. IV. §. 9. *van* ESPEN ius eccles. univ. Tom. IV. P. III. Tit. II. cap. 2.

47) Zur Erläuterung kann dienen das Püttersche Responsum in Sachen des Hrn. Burggrafen von Kirchberg gegen Sachsen Weimar und Eisenach, die Consistorialrechte in der Herrschaft Farnrode betreffend, in Desselben auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV.

48) *Cap. 3. X. de iudic.* Malblanks Anleitung a. a. O. S. 213.

49) Auch der Streit über die Versagung oder Gestattung eines kirchlichen Begräbnisses gehört vor die geistlichen Gerichte, wie *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. T. II. Lib. III. Tit. 28. §. 37. et 38. zeigt.

5) Sachen, welche heilige Oerter, z. E. Kirchhöfe, Gottesäcker, Klöster, desgleichen welche milde Stiftungen betreffen [50]).

6) Verbrechen gegen die Kirchengesetze, (*delicta mere ecclesiastica*) [51]), z. B. Simonie.

Bey diesen objectiv geistlichen Rechtssachen kommt es nun zwar nicht darauf an, ob die Personen, welche sie betreffen, geistliche oder weltliche sind [52]); es muß jedoch in solchen Sachen der vorliegende Streit aus dem canonischen Rechte oder andern als gültig anerkannten Kirchengesetzen d. i. solchen, welche vermöge der Kirchengewalt gegeben, oder von derselben als geistliche Entscheidungsquellen, wie z. B. die Bibel, angenommen sind, entschieden werden können [53]). Wenn also solche Sachen, die kirchliche Gegenstände betreffen, aus weltlichen Gesetzen des Staats, z. B. den teutschen Reichsgesetzen, oder dem Römischen Rechte, entschieden werden müssen, so steht den weltlichen Gerichten die Gerichtsbarkeit in solchen Sachen zu [54]). Daher sind z. B. die höchsten Reichsgerichte, welchen

50) HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 137. und *Bened.* OBERHAUSER Praelection. canon. iuxta titulos Decretal. Lib. II. Tit. 1. §. 13. MALBLANC in Consp. §. 121. nr. II.

51) HEDDERICH P. IV. §. 64. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 858. besonders Eichmann in den Erläuterungen des bürg. Rechts S. 211. ff.

52) *Cap. 2. X. de iudic. Cap. 8. X. de arbitris. Cap. 3. X. de ord. cognit.*

53) BOEHMER in Princip. cit. §. 240. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland §. 109.

54) S. BOEHMER c. l. Schnaubert a. a. O. S. 103.

welchen doch keine geistliche Gerichtsbarkeit zusteht, dennoch in solchen Sachen, welche Religionsbeschwerden betreffen, sofern sie aus dem Westphälischen Frieden, oder den Concordaten der teutschen Nation ihre Entscheidung erhalten, zu erkennen befugt[55]. Ferner wenn über das Eigenthum gewisser Güter gestritten wird, welche die Kirche wider einen weltlichen Besitzer in Anspruch nimmt, so gehört die Sache vor die weltlichen Gerichte[56]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der oben angegebene Unterschied zwischen pur geistlichen, und gemischt geistlichen Rechtssachen in einer doppelten Rücksicht von Bedeutung ist. Nämlich erstens in dem Falle, wenn Unterthanen in einem Lande vermöge des Zustandes im Entscheidjahre 1624. einen geistlichen Richter einer andern Religion, als welcher sie zugethan sind, anerkennen müssen. Hier soll die fremde geistliche Gerichtsbarkeit nach der Vorschrift des Westphälischen Friedens[57]) nur blos in Ansehung solcher kirch-

55) *Instr. Pac. Osnabr. Art. V. §. 54.* Jüngster Reichsabsch. §. 124. u. 193. Man vergl. über diese Stellen Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. §. 14. S. 253. und Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichtsverfassung 4. Th. §. 55. ff.

56) S. *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1105. PUFENDORFF Observat. iuris univ. T. III. Obs. 97. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. can. §. 241. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 122.

57) *Instrum. Pac. Osnabr. Art. V. §. 48.* — Catholicorum Aug. Conf. addicti status provinciales et subditi, qui anno 1624. ecclesiasticam iurisdictionem agnoverunt, in iis casibus, modo dictae

kirchlicher Rechtssachen Statt haben, **welche auf keine Weise die Religion selbst und unmittelbar betreffen**, in Ansehung dieser Gattung von Sachen aber schlechterdings eingestellt und aufgehoben seyn. **Zum andern** ist der Unterschied inter causas ecclesiasticas **intrinsece**, und **accessorie s. propter nexum** spirituales auch darum wichtig, weil nur in Ansehung der letztern Gattung von Sachen in possessorio ein weltlicher Gerichtsstand begründet werden kann, wenn gleich das Petitorium auch in diesen Sachen immer vor ein geistliches Gericht gehört[58]). Daher wird z. B. von Patronats- und

dictae iurisdictioni subsint, *qui Augustanam Confessionem nullatenus concernunt*, modo ipsis occasione processus nihil iniungatur, Augustanae Confessioni vel Conscientiae repugnans. Eodem etiam iure Augustanae Confessionis Magistratuum Catholici subditi censeantur, inque hos ius dioecesanum, quatenus Episcopi illud dicto anno quiete in eos exercuerunt, salvum esto. Diese Stelle erhält ihr Licht aus dem **Religionsfrieden** vom Jahr 1555. §. 20. worinn es unter andern heißt: **Aber in andern Sachen und Fällen, der Augspurgischen Confession Religion, Glauben, Kirchengebräuche, Ordnungen, Ceremonien und Bestellung der Ministerien nicht anlangend, soll und mag die geistliche Jurisdiction durch die Ertzbischöf, Bischöf, und andere Prälaten, wie deren Exercitium an einem jeden Orte hergebracht, und sie deren in Uebung, Gebrauch, und Possession sind, hinführo wie bißher unverhindert exercirt, geübt und gebraucht werden.** S. **Schnauberts** Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 1. Th. S. 36. folgg.

58) Man vergleiche hier vorzüglich ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis ecclesiasticae. Lib. III. cap. 8. et 9. und *van* ESPEN

und Zehend-Streitigkeiten durchgängig behauptet, daß solche zwar in petitorio nur bey geistlichen Gerichten, in possessorio aber auch allenfalls bey weltlichen Gerichten erörtert werden können [59]). Wodurch jedoch, wie einige irrig dafür gehalten haben, die Gerichtsbarkeit des geistlichen Richters in possessorio keinesweges ausgeschlossen wird [60]), indem vielmehr in einem solchen Falle dem Kläger die Wahl zusteht, den Beklagten entweder vor dem geistlichen oder weltlichen Forum zu belangen [61]). Dahingegen kann nun in caussis mere ecclesiasticis s. intrinsece spiritualibus nimmermehr weder das Possessorium noch Petitorium anders als an den geistlichen Gerichtsstand gebracht werden [62]); wenn nicht etwa vor bloßen quaestionibus facti, die z. B. bey einer puren Civilsache inciden-ter

ESPEN in Iure Eccles. universo. Tom. IV. P. III. Tit. II. Cap. 4.

59) Man sehe davon vorzüglich nach GAILL Lib. I. Obs. 38. und ALTESERRA Lib. VI. cap. 4.

60) *Cap. 1. X. de causa possessionis et proprietatis.* S. ALTESERRA Lib. III. cap. 8. und Lobethan in der Lehre von der Gerichtsbarkeit. 2. Th. 2. Absch. §. 3. S. 148.

61) *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 282. Nur auf den Fall kann jedoch dieß nicht ausgedehnt werden, wenn der Beklagte geistlichen Standes ist, weil hier die Competenz des geistlichen Gerichts sowohl durch die Eigenschaft der Sache, als durch die Person begründet wird. S. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen St. und F. Rechts. 2. B. S. 157. und Eichmanns Erklärungen des bürg. R. 5. Th. S. 222.

62) Pütter in den Rechtsfällen 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. §. 17. S. 254.

ter entstehen können, die Rede seyn sollte, über welche sodann auch der weltliche Richter unstreitig urtheilen kann[63]), z. B. wenn bey Gelegenheit einer Erbschaftsklage die bloße quaestio facti entsteht, ob der Verstorbene wirklich verheirathet gewesen sey, so kann der weltliche Richter, vor welchem der Proceß schwebt, allerdings auf den Beweis erkennen, und diesen Incidentpunct entscheiden. Dahingegen, wenn die Frage über die Gültigkeit einer Ehe, und die davon abhängende rechtmäßige Geburt eines Kindes entsteht, die Erörterung derselben nach ausdrücklicher Vorschrift des canonischen Rechts[64]) vor das geistliche Forum gehören soll.

Ich schließe diese intrikate Materie mit der Bemerkung, daß nach der meisten protestantischen Rechtslehrer Meinung, wie auch nach hin und wieder eingeführtem Gebrauche, nicht für unumgänglich nöthig gehalten wird, zur Ausübung der geistlichen Obrigkeitsrechte nebst weltlichen auch geistliche Personen zuzuziehen, mithin aus geist- und weltlichen zusammengesetzte Consistorien anzuordnen; sondern daß diese auch aus blos weltlichen Personen bestehen, oder auch geistliche Sachen schlechterdings vor solchen obrigkeitlichen Collegien, für die auch weltliche Rechtssachen

63) *van* ESPEN in iur. eccl. universo. T. IV. P. III. Tit. II. Cap. I. §. 23. sqq.

64) *Cap. 3. X. de ordine cognition. Cap. 5. et 7. X. Qui filii sint legitimi. van* ESPEN cit. loc. §. 12. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 2. §. 27. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 402. BACHMANN Pr. de iudice causar. matrimonial. *Erford. 1788.* Man sehe jedoch Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 246. ff.

sachen gehören, verhandelt werden können. Wodurch jedoch der Unterschied zwischen geist- und weltlichen Rechtssachen keinesweges aufgehoben wird[65].

§. 197.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die ordentliche und ausserordentliche. Begriff und verschiedene Arten der delegirten oder commissarischen Richter.

Die Gerichtsbarkeit wird ferner, wenn wir auf den Umfang derselben sehen, in die ordentliche und die außerordentliche oder delegirte eingetheilt. Ist nämlich die Gerichtsbarkeit Jemanden überhaupt d. i. auf eine solche Art ertheilt worden, daß sie der Regel nach in allen und jeden Rechtssachen, welche in dem angewiesenen Gerichtsbezirke vorkommen, oder in einer gewissen Art von Sachen ordentlicher Weise ausgeübt werden soll, so wird sie die ordentliche genennt. Ist sie aber Jemanden bloß ausser der Ordnung in Rücksicht gewisser einzelner Sachen oder Personen vom Regenten selbst, oder wer sonst im Namen desselben dazu befugt ist, zur Ausübung aufgetragen worden, so wird sie die außerordentliche[66]) oder delegir-

65) Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius ecclef. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXVIII. §. 30 — 36. pag. 630. sqq. Pütters Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Resp. XVII. n. 19. S. 215. und *Io. Tob.* RICHTERI selectiora iuris principia, Disput. III. (*Lipsiae 1748.*) §. 7.

66) Im römischen Rechte und bey den Klassikern hat der Ausdruck *extra ordinem ius dicere* eine ausgedehntere Bedeutung. Es wird damit alles bezeichnet, was von der ordentlichen Rechtsform oder der gemeinen Gerichtsordnung abwich. Was hin-

legirte Gerichtsbarkeit [67]). **Diejenigen, welchen außer der Ordnung die Gerichtsbarkeit in einer gewissen Rechtssache übertragen worden ist, heißen im römischen Rechte** *Delegati* **f.** *Vicarii Principis*, **auch** *sacri cognitores* [68]), **im**

gegen derselben gemäß war, hieß *ordinarium ius.* L. 13. C. de Rei Vindicat. GEBAUER Diss. de iurisdictione sec. doctr. Romanor. Cap. I. §. 11. So gab es römische Magistratus, welche *extra ordinem* bestellt waren; z. B. der Praefectus annonae und Praefectus vigi'um. *L. 2. §. 33. D. de orig. iur.* Diese meint ohne Zweifel Ulpian, wenn er *L. 7. §. 2. D. de offic. proc.* sagt: Cum plenissimam iurisdictionem Proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel *extra ordinem ius dicunt*, ad ipsum pertinent. S. *Aug.* CAMPIANI de officio et potestate magistrat. Romanor. pag. 314. Dahin gehören auch die Commissarien, dergleichen die römischen Kaiser zuweilen zur Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestellten. S. SUETONIUS in vita *Vespasiani* cap. 10. Aber auch die ordentlichen Magistratus sprachen zuweilen *extra ordinem* Recht, wenn sie in Sachen, die sonst ordinarii iuris waren, keinen iudex pedaneus bestellten. *L. 2. pr. D. Ex quib. caus. maiores. L. 24. §. ult. D. de minorib. Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. D. cit. Andere rechnen noch zur *iurisdictio extraordinaria* im röm. Sinn, was ein röm. Magistrat nicht von Amtswegen, sondern nur vermöge einer besondern gesetzlichen Concession zu thun berechtiget war. S. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 65.

67) Vid. *Volkard.* MEYERI Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi 1783.* et STRYK Disp. de delegato principis. *Frfti 1686.*

68) *L. un. C. qui pro sua iurisdict. iudices dare darive poss. L. 5. Cod. de fruct. et lit. exp. L. 32. §. 4. C. de appellat. L. 3. C. ubi senator. vel clariss. civilit. vel crim. conven.*

im canonischen Rechte *iudices delegati*[69]), heutiges Tages aber Commissarien[70]), oder commissarische Richter. Man hüte sich jedoch die Rechte der heutigen Commissarien nur aus den römischen oder canonischen Rechten herzuleiten[71]). Die römischen Delegati principis hielten ihre Executoren und Apparitoren[72]), hatten

L 2 dane-

69) Vid. Tit. Decretal. *de officio et potestate iudicis delegati.* (Lib. I. Tit. 29.) et ad eundem ENGEL in Collegio univ. iuris canonici, RIEGGER in Institutionib. iurisprud. eccles. P. II. §. 487. sqq.

70) Unter den ältern Schriftstellern ist zwar *Rutgerus* RULANT in Tract. de Commissariis et commissionibus camerac imp. *Frfti ad Moen. 1724.* f. der bekannteste. Allein das viele unnütze Zeug, was man in diesem Werke lieset, z. B. wenn er die Eigenschaften eines Commissars nach seiner Leibesbeschaffenheit, untern und obern Seelenkräften durchgeht, ferner die beständige und höchst ungeschickte Vermischung der delegirten Richter und Mandatarien vermindern den Werth desselben sehr. Mehr Empfehlung verdienen in dieser Materie *Io. Ge.* ENGELHARDT Diss. de commissionibus. *Bambergae 1774.* *Io. Dan. Heinr.* MUSAEUS de iure commissionum, quae in concursu illustrium solent constitui. *Goettingae 1774.* besonders Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 54. ff. und Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. B. Nr. I. §. 9. ff. und 4. B. Nr. LXXIV.

71) Schon Wernher schreibt in seinen Observat. for. T. II. P. X. Obs. 375. *Mirum est, quam incerta et turbida sint, quae vulgo Doctores de hodiernis Commissariis, eorumque potestate tradunt. Praecipua confusionis origo ex eo repetenda est, quod eos ad modulum mandatariorum iurisdictionis secundum ius civile, aut delegatorum papalium iuxta ius canonicum metiri soleant, a quibus utrisque tamen multis modis differunt.*

72) *L. 5. C. de fruct. et lit. exp.*

daneben ihre Beysitzer[73]), und konnten einen andern substituiren[74]). Auch einem Delegato Papali steht nach canonischen Rechten ein Vollstreckungs- und Subdelegationsrecht zu[75]), welche Befugniß aber den heutigen Commissarien nicht schlechthin eingeräumt werden kann[76]). Es sind auch heutiges Tages nicht alle Commissarien iudices delegati, indem häufig Commissarien für solche Sachen bestellt zu werden pflegen, welche keine Justizsachen sind[77]). Da indessen die zu Justizsachen verordneten Commissarien in der That iudices delegati sind, so hat man, wie auch Schilter bemerkt[78]), wenigstens die Hauptgrundsätze aus dem canonischen Rechte, so weit sie anwendbar sind, beybehalten, obwohl freylich bey der Anwendung derselben überall mit Vorsichtigkeit zu Werke zu gehen ist. Der Grund der delegirten Gerichtsbarkeit ist nun ein von dem Oberherrn ertheilter Auftrag, welcher heut zu Tage eine Commission genennt wird. Diese Commission ist zwar meisten-

73) *Nov. LX. cap. 2.*

74) *L. un. Cod. qui pro sua iurisd. iudic. dare darive poss. L. 5. Cod. de iudic.* CUJACIUS Observat. lib. XII. c. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digest. h. t. §. 6.

75) *Cap. 26. X. de off. et pot. iud. del. Cap. 28. X. eodem.*

76) WERNHER cit. loc.

77) Vid. LYNCKER Diss. de commissario caesareo ad negotia status, et ad negotia iustitiae. *I. H.* BOEHMER in Iur. eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 8.

78) in Praxi Iur. Rom. in foro germ. Exercit. V. §. 22. in fine; wo es heißt: *Quamobrem de iure hodierno Commissariorum non tam ex iure Romano, quam ex moribus et iure canonico de iudice delegato iudicandum videtur.*

meistentheils nur eine zeitige, welche sich nach vollzogenem Auftrage endiget; sie kann aber auch zuweilen eine beständige seyn, wenn der Oberherr jemand in gewissen bestimmten Sachen, deren Cognition eigentlich für ihn, oder desselben höchstes Landesjustiz-Collegium gehört hätte, durch ein allgemeines Gesetz ein für allemal die Gerichtsbarkeit überträgt, welche dieser commissarische Richter vi delegationis perpetuae entweder zu gewissen Zeiten, oder so oft sich dergleichen Sachen ereignen, auszuüben befugt seyn soll. Hieraus entsteht die Eintheilung der Commissarien, daß sie entweder *temporarii* oder *perpetui* sind. So z. B. steht es in den preuß. Staaten [79]) in Ansehung der königlichen Bedienten niedern Ranges den Obergerichten, unter Genehmigung der vorgesetzten Behörde, frey, den gewöhnlichen Gerichten jeden Orts die Gerichtsbarkeit über sie in allen ihren Dienst nicht betreffenden Rechtsangelegenheiten ein für allemal zu übertragen; insofern dieses nicht durch allgemeine Verordnungen, wie z. B. in Ansehung der Postillions und geringern Forstbedienten bereits geschehen ist. So haben ferner in Chursachsen dergleichen perpetuirliche Commissionen die Beamten und Stadträthe über dimittirte und reducirte Oberofficiere und deren Familie [80]); insonderheit ist, vermöge eines Churfürstlich sächsischen Mandats [81]) dem Kreisamtmann und dem Stadtrathe zu Leipzig wegen derjenigen, welche in dem Churfürstenthume auch inkorporirten

 und

79) Allgem. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten. 1. Th. 2. Tit. §. 58.

80) Generale vom 7. May 1756. in Cod. Aug. Tom. I. pag. 1217.

81) vom 6. Sept. 1718. in Cod. Aug. Tom. II. pag. 2079.

und andern Landen schriftsäßige Güter besitzen, oder sonst wegen ihrer auf sich habenden Chargen für schriftsäßig zu achten, wenn sie zur Meßzeit nach Leipzig kommen, ohne Unterschied der Person, zum Verfahren nach Wechselrecht eine perpetuirliche Commission aufgetragen worden. Und wem ist nicht aus dem canonischen Rechte der beständige Auftrag des Apostolischen Stuhls bekannt, vermöge dessen die teutschen Bischöffe die geistliche Gerichtsbarkeit in Sachen, welche die exemten Mönche und Religiosen betreffen, in ihren Diöcesen ausüben [82])? Commissarien können endlich entweder zu einer ganzen Sache, (*ad totam causam*) das ist, zu allen zu der Justizsache, welche ihnen aufgetragen worden, gehörigen Geschäften, oder zu diesem oder jenem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfte ernannt werden, z. B. zur Einnehmung eines Augenscheins, zu einer Abhörung der Zeugen, zu Verrichtung der Execution u. d.

§. 198.

Wer kann Justiz-Commissionen erkennen, und in welchen Fällen werden sie angeordnet? Wer trägt die Unkosten?

Das Recht, Commissionen in einzelnen Rechtssachen zu deren Untersuchung und Entscheidung anzuordnen, kommt

82) So ist wenigstens der Exemtionsstreit im Tridentinischen Concilium Sess. VI. de Reformat. c. 3. Sess. XIV. c. 4. XXIII. 15. XXIV. 11. XXV. c. 4. 6. 12. et 14. beygelegt worden. Allein man sehe die zu Wezlar 1791. erschienene sehr gründliche Abhandlung über die sogenannten Exemtionsprivilegien der Geistlichen von der bischöflichen Gerichtsbarkeit, in wie fern sie nach den Reichsgesetzen gegründet seyn, und rechtliche Rücksicht verdienen. 8.

kommt nur dem Regenten zu, welcher die Quelle der Gerichtsbarkeit ist[83]). Dieser ist in weltlichen Sachen der reichsunmittelbaren Personen in Teutschland der Kaiser, in Sachen der Mittelbaren aber der Landesherr. Denn höchsten Reichsgerichten und hohen Lands-justiz-Collegien steht das Recht Commissionen zu ganzen Sachen anzuordnen nur insofern zu, als es ihnen von dem Oberhaupte des Staats ausdrücklich oder stillschweigend ist eingeräumt worden[84]). Die von den höchsten Reichsgerichten zu einer ganzen Sache ernannten Commissionen enthalten daher nur den Auftrag, die Sache nach der reichsgerichtlichen Vorschrift zu untersuchen, und demnächst nach vollendetem Verfahren die Acten mit Bericht dem committirenden Gericht einzuschicken[85]). Die Entscheidung selbst kann hingegen solchen Commissionen in der Regel nicht aufgetragen werden[86]). Unter dieser Einschränkung steht dem Reichskammergerichte heut zu Tage eben so gut, wie dem Reichshofrathe, das Recht zu, Commissionen zu ernennen[87]). Unter-

83) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 77. Nr. I. p. 149. Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses. 4. Band. Nr. LXXIV. §. 2. Nr. 1. S. 86. (der zweyten verb. Aufl. Erlangen 1805.)

84) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 56. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 5. Th. S. 331. ff. und S. 337. ff.

85) v. Hanzely Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis §. 1377. Günth. Heinr. v. Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 181.

86) I. P. O. Art. V. §. 51. R. Hofr. Ordn. Tit. 2. §. 6. 7. K. Wahlcapitulat. Art. XVIII. §. 5.

87) *Ge. Christ. Frid.* SEILER Vindiciae potestatis camerae imp. supremae decernendi commissiones ad totam causam. *Erlangae* 1793.

gerichte können nie zu einer ganzen Sache Commissionen erkennen, sondern nur zu einzelnen Handlungen deputiren[88]). In kirchlichen Rechtssachen Commissarien zu bestellen, ist ein Recht des Obern, welchem die Kirchengewalt zukommt[89]). Den Consistorien und geistlichen Gerichten steht hingegen diese Befugniß, in der Regel nicht zu[90]. Wofern nicht etwa nur von solchen Commissionen die Rede wäre, welche blos einzelne Handlungen eines gerichtlichen Rechtsstreits betreffen. Denn diese können auch obere Gerichte und Landescollegien erkennen. Wir wollen hier nur bey den Justizcommissionen in Civilsachen stehen bleiben. Diese sind entweder kaiserliche, oder landesherrliche Commissionen.

Erstere können anders nicht erkannt werden, als wenn die Sache an sich vor eines der höchsten Reichsgerichte gehört, und daselbst wegen vorhandener Schwierigkeiten processu ordinario nicht verhandelt werden kann[91]). Es darf daher durch solche Commissionen so wenig den Rechten der erstern Instanz als den privilegiis de non appellando zu nahe getreten werden. Es ist auch bey der Ernennung der

1793. MALBLANC Conspect. §. 246. Reuß Staatscanzley Th. XV. S. 361. f.

88) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 56. Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 137. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 223.

89) *Cap. 1. 3. 21. 41. X. de offic. et potest. iud. delegati. Cap. 4. eod. in 6to. Franc.* FLORENTIS opera iurid. T. II. p. 197. sqq.

90) *G. L.* BOEHMERI Princip. iuris canonici §. 246.

91) MALBLANC Conspect. §. 248.

der kaiserlichen Commissarien auf Religionsgleichheit Rücksicht zu nehmen [92]). Von diesen kaiserlichen sowohl Untersuchungs- als Executions-Commissionen hat Johann Jacob Moser sehr ausführlich gehandelt [93]).

Landesherrliche Justizcommissionen sind ebenfalls nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, und daher ohne einen besondern rechtlichen Grund nicht zu ernennen [94]). Zwar findet die Ernennung einer Commission kein Bedenken, wenn beyde Partheyen den Landesherrn darum bitten, insofern derselben Recht, ihre Sachen schiedsrichterlich beylegen zu lassen, nicht beschränkt ist. Wenn hingegen streitige Rechtssachen auf das Ansuchen einer Parthey oder aus eigenem Antriebe vom Landesherrn den ordentlichen Gerichten entzogen, und zur Entscheidung einer besondern Commission übertragen werden sollen, so findet die Frage, ob dieses dem Geiste der teutschen Reichsgrundgesetze entspre-

L 5 che,

92) Westph. Friede Art. V. §. 51. Wahlcapit. Art. XVIII. §. 5.

93) Einleitung zu dem Reichshofrathsproceß 1. Th. S. 345—644. und 2. Th. S. 159. u. folgg. Diesem ist beyzufügen *Christ. Gottl.* BUDERI Diss. de commissario imperiali in caussis feudalibus. *Ienae 1743*.

94) Hier verdienen vorzüglich nachgesehen zu werden Jacob Gottl. Siebers Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen. 2. Buch 1. Hauptst. 4. Abth. 1. Abschn. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 1. Th. 1. Abh. §. 9. folgg. S. 22. ff. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 5. Th. S. 344. ff. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 78.

che, grössere Bedenklichkeiten. Denn befiehlt einmal der jüngste Reichsabschied[95]), daß alle Gerichte in den teutschen Ländern so bestellt seyn sollen, daß niemand sich zu beschweren Ursach habe, als ob man sich bey ihnen in wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit und unpartheyischen Justiz nicht zu versehen habe; so leuchtet hieraus nur allzu klar die Absicht hervor, daß jeder bey seinen ordentlichen Gerichten belassen werden solle; und es steht diese Verordnung den Commissionen um so mehr im Wege, je mehr sie von der bestimmten Ordnung, die Sachen vor den ordentlichen Landesgerichten zu verhandeln, abweichen; nicht zu gedenken, daß der Landesherr das Ansehen und Vertrauen seiner Staatsdiener, an dessen Erhaltung ihm doch vorzüglich gelegen seyn muß, schwächen, und mit sich selbst im Widerspruch stehen würde, wenn er ohne besondern rechtlichen Grund bürgerliche Rechtshändel mit Umgehung der ordentlichen Gerichte besondern Commissionen übertragen wollte.

Der Landesherr kann daher aus eigener Bewegung eine Commission nicht anders rechtmäßig anordnen, als wenn entweder die Rechtssache so geeigenschaftet ist, daß sie von dem ordentlichen Richter nicht füglich erörtert werden kann, oder wenn die Wohlfahrt des Staats eine schleunige und außerordentliche Behandlung einer Sache, z. E. im Falle eines begangenen Verbrechens, nothwendig oder doch räthlich macht; oder wenn der ordentliche Richter an der Ausübung der Gerichtsbarkeit in einer Sache gehindert ist; oder wenn ein ganzes Landesdikasterium aus rechtmäßigen Ursachen recusirt wird, in welchem Falle der

95) §. 108. et 109.

der Landesherr ein anderes Gericht per modum commissionis, zur Entscheidung der Sache bevollmächtigen kann[96]; oder die öffentliche Wohlfahrt des Staats die Ernennung einer Commission nothwendig macht. Eben so wenig darf auch blos auf das Verlangen der einen Parthey wider den Willen der andern eine Commission ernannt werden, wenn nicht ein ausserordentlicher und rechtmäßiger Grund hierzu vorhanden ist. Denn niemand kann wider seinen Willen von seinem gehörigen Gerichtsstande vor ein ausserordentliches Gericht gezogen werden[97]. Eine solche rechtmäßige Ursache wäre z. B. wenn der ordentliche Richter verdächtig ist, und mit der andern Parthey in solchen Verhältnissen steht, daß man ein ungerechtes Urtheil mit Grunde befürchten muß u. d. m. Ausserdem hat der Gegentheil die Befugniß, erstlich sich überhaupt der commissarischen Untersuchung zu widersetzen, wenn der Fall nämlich so beschaffen ist, daß überall keine Commission erkannt werden könnte, und dann auch zweytens sich den ernannten Commissarius aus anzuführenden Gründen zu verbitten[98]. Ueber die Ursachen der Verbittung kann jedoch der ernannte Commissarius, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht urtheilen; sondern diese müssen bey dem Committenten angezeigt, und beschei-

96) S. BOEHMER in iur. eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 16. Hoffmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1200. Claproth ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 55. Gönner im Handbuch a. a. O. §. 12. S. 29.

97) STRYK Introduct. ad prax. for. Cap. II. §. 20. 21.

98) Von den Recusationen delegirter Richter handelt sehr gründlich *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 210. edit. LORBER *a* STOERCHEN. *Norimb.* 1756. 4.

bescheiniget werden[99]). Sind mehrere Commissarien mit der Gewalt ernennt, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen, und einer von denselben recusirt wird, so kann der andere die angegebene Ursache untersuchen, und, wenn dieselbe gegründet befunden wird, die Hauptsache nun allein vornehmen[100]). Es kann auch der Gegentheil drittens einen Concommissarius erbitten[1]). Wenn in der Sache, weßwegen die Commission ernennt werden soll, entweder schon eine Litispendenz vorhanden ist, oder der ordentliche Richter, dem durch die Ernennung der Commission Eintrag geschehen würde, die Gerichtsbarkeit erb- und eigenthümlich besitzt, so kann nicht einmal mit beyden Partheyen Einwilligung eine Commission verordnet werden, wenn nicht etwa Gründe der öffentlichen Wohlfahrt, oder andere sehr wichtige Ursachen z. E. offenbare Verweigerung oder Verschleifung der Justiz solches unumgänglich nothwendig erfordert[2]).

Die Kosten der Commission trägt der Impetrant, welcher um die Commission nachgesucht hat[3]). Wäre jedoch

99) *Cap. 4. de off. et pot. iud. del. in 6to.* BOEHMER Iur. eccl. Prot. Lib. I. Tit. 29. §. 22.

100) *Cap. 4. cit. Cap. 22. X. de offic. et pot. iud. del. c. 13. X. de Rescript.* BERARDI Commentar. in ius eccles. univ. (*Venet.* 1778. 4.) Tom. I. Diss. II. Cap. IV. pag. 65.

1) *Cap. 39. X. de off. et pot. iud. del.* Claproth a. a. O. §. 59. Hofmann a. a. O. §. 1199.

2) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. med. 4. et 5. Hofmann §. 1201. und besonders CARPZOV in Responſ. iuris Lib. II. Responſ. 51. nr. 16. sqq.

3) Von den Commissionsunkosten handelt sehr ausführlich Moser im Reichshofrathsproceß. 1. Th. 2te Abhandlung. Kap. 7. Siehe

doch die Commission entweder aus eigenem Gutbefinden des Committenten, oder auf Ansuchen beyder Partheyen verfügt worden, so müssen beyde Theile die Kosten gemeinschaftlich tragen [4]). Die Executionscommissionen aber ergehen jederzeit auf Kosten dessen, welcher exequiret wird [5]). Der Commissarius darf auch diese Unkosten executivisch beytreiben [6].

§. 199.

Eröfnung der Commission. Verfahren und Gewalt des commissarischen Richters. Erklärung des Commissorials. Appellation gegen Commissionsurtheile.

Wenn nun eine Commission rechtmäßig erkannt worden ist, so ist es zwar in der Regel nicht gewöhnlich, die Commissarien zu den einzelnen Rechtssachen, welche ihnen aufgetragen werden, zu vereidigen [7]), es ist auch nicht nöthig, daß ihnen ein Actuarius an die Seite gesetzt werde [8]), indem es eine bekannte Rechtswahrheit ist, daß einer

Siehe auch BOEHMER Decis. et Consult. T. II. P. II. Resp. 1154. nr. 100.

4) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4200. Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 370. folg.

5) BOEHMER T. III. P. II. Cons. 17. nr. 8.

6) Moser a. a. O. §. 6.

7) *I. H.* BOEHMER Iur. eccl. Prot. Tom. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 44. Hofmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1203. Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 104.

8) BOEHMER a. a. O. behauptet zwar das Gegentheil, allein Struben a. a. O. hat ihn widerlegt. Eine Ausnahme findet jedoch in peinlichen Fällen Statt. S. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 2322.

ner zugleich Richter und Actuarius seyn kann[9]), daher das von einem Commissarius geführte Protocoll vollen Glauben verdient, wenn er auch gleich nicht darauf beeidiget ist[10]); dahingegen bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Commissarius mit dem gehörigen Auftragsschreiben, oder *Commissorium*, versehen seyn, und sich dadurch legitimiren müsse. Denn dieses Commissoriale beglaubiget nicht nur den ihm geschehenen Auftrag, sondern bestimmt auch den Umfang seiner Gewalt. Es muß daher gleich bey Vorladung der Partheyen[11]) nicht nicht nur in Abschrift mitgetheilet[12]), sondern auch dem ordentlichen Richter davon Nachricht gegeben werden[13]), wofern nicht etwa schon der Committent dem Unterrichter ein notificatorisches Rescript über die Anordnung der Commission hätte zugehen lassen[14]). In dem anberaumten Termin aber ist das Original des Auftragsschreibens selbst gehörig

9) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXVII. med. 7.

10) Struben a. a. O. MÜLLER Obs. pract. ad *Leys.* Tom. I. Fasc. II. Obs. 119. Anderer Meinung ist Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. R. 5. Th. S. 382. f.

11) Die Vorladung geschiehet unmittelbar unter der Clausel von Commissionswegen. Die Requisition des ordentlichen Richters ist daher nicht nöthig. WERNHER sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 233. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. VII. §. 10. Man sehe jedoch Eichmann a. a. O. S. 388.

12) *de* CRAMER in Observat. iur. univ. Tom. II. P. II. Obs. 716.

13) *Cap. 31. X. de offic. et pot. iud. deleg. cap. 24. X. de rescript.* Estors Anfangsgr. des gem. und R. Proc. 1. Th. §. 2308.

14) Eichmann S. 389.

hörig vorzuzeigen, und mit Ablesung desselben die Commission gewöhnlicher Maaßen zu eröfnen [15]). Das übrige Verfahren richtet sich nach der dem Commissarius ertheilten Vorschrift, und der gemeinen Proceßordnung [16]). Denn, daß der Commissionsproceß immer ein summarischer Proceß sey, ist ein ungegründetes Vorurtheil [17]). Der Commissarius darf nun die Gränzen des ihm ertheilten Auftrags nicht überschreiten. Er muß also besonders dahin sehen, daß er nicht weiter gehe, als er nach dem Inhalt seines Commissoriums und einer vernünftigen Erklärung desselben zu gehen befugt ist [18]). Ueberschreitet er die Gränzen seines Auftrags, so handelt er nichtig [19]); es wäre denn, daß das Verfahren des Commissarius von dem Committenten oder derjenigen Parthey, welcher es zum Nachtheil gereicht, genehmiget würde, oder das Versehen desselben blos in der Unterlassung einer ihm auferlegten nothwendigen Handlung bestünde, und diese, der bisherigen

15) Man sehe hier vorzüglich Hofmanns T. Reichspr. 2. Th. §. 1206.

16) *Cap. 13. X. de off. et pot. iud. deleg.* Den ganzen Commissionsproceß hat RULANT in Tr. de Commissariis P. I. Lib. V. am vollständigsten abgehandelt. Von dem Verfahren bey commissarischen Untersuchungen handelt vorzüglich Hr. Hofr. Gönner in dem Handbuche des deutschen gem. Proz. 4. Band Nr. LXXIV. §. 4. folgg. S. 91. folgg.

17) S. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit 2. Th. 1. Buch 2. Hauptst. 2. Tit. §. 884.

18) *Cap. 13. X. de off. et pot. iud. del.* Hier ist besonders zu empfehlen RULANT de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 2. 3. et 4.

19) *Cap. 22. 32. 37. 40. X. de off. et pot. iud. deleg. Cap. 22. X. de rescript.*

herigen Verhandlung unbeschadet, noch ergänzet werden könnte [20]). Wenn es nun aber gleich an sich allerdings seine Richtigkeit hat, daß ein Commissoriale, welches bestimmt und deutlich abgefaßt ist, keine Ausdehnung leidet [21]), und daher z. B. eine bloß zur Regulirung des Schuldenwesens eines teutschen Reichsstandes verordnete kaiserliche Debitcommission keineswegs auf eigentliche Regierungssachen erstreckt werden darf, sondern selbige nach wie vor in des Reichsstandes Händen in ihrem vorigen Gange ungehindert gelassen werden müssen [22]); oder aber ein Commissarius, welchem Zeugen zu vernehmen, aufgegetragen worden, so wenig Urkunden anerkennen zu lassen, als den Augenschein einzunehmen authorisirt ist [23]); so ist den-

20) Man vergleiche hier vorzüglich *I. E. I.* MÜLLER Observat. practicas ad *Leyseri* meditat. ad Digesta T. I. Fasc. II. Observat. 123. pag. 27. sqq. und Eichmanns Erklärungen S. 413. folg.

21) Es folgt dieses auch schon daraus, weil Commissionen eine Art der Bevollmächtigung sind. Nun aber muß jeder Mandatarius die ihm angewiesenen Gränzen genau beobachten. Er handelt nichtig, wenn er mehr thut, als sein Auftrag enthält. *L. 5. pr. D.* u. *L. 12. Cod. mandati.* S. *Tob.* BARTH Dissensuum in praxi occur. Centur. VII. diss. 615.

22) Pütters Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXIX. S. 622. ff.

23) Hofmanns T. Reichspraxis 2. Th. §. 1209. BARTH cit. l. pag. 77. Estors Anfangsgr. des gemeinen und R. Processes 1. Th. §. 2316. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 28. coroll. 1. Es muß jedoch billig der Fall ausgenommen werden, da die Aussagen der Zeugen die Einnehmung des Augenscheins nothwendig erfordern. S. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 125.

dennoch alles dasjenige ohne Zweifel ebenfalls für aufgetragen zu halten, was die Natur und die Beschaffenheit der ihm aufgetragenen Sache mit sich bringt, oder auch sonst mit der Commission in einer natürlichen Verbindung steht, und gleichsam als Mittel zum Zweck anzusehen ist, wenn auch gleich solches nicht ausdrücklich in dem Commissoriale enthalten seyn sollte [24]). Ein Commissarius kann daher nicht nur die Partheyen vorladen, sondern auch deren Ungehorsam bestrafen [25]). Darf über die erhobenen Nutzungen, Zinsen, das Interesse und die Kosten sprechen [26]). Kann, wenn er auch nur des Possessoriums halber gegeben ist, dennoch, sofern das Petitorium liquid seyn sollte, auch darinn erkennen [27]). Ist er zur Untersuchung einer Sache verordnet, so darf er auch Zeugen vorladen und sie abhören, wenn sie gleich einen befreyeten Gerichtsstand haben sollten;

24) S. RULANT P. I. Lib. III. cap. 3. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 494. Hofmann §. 1210. Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 137. S. 260.

25) *Cap. 5. X. de offic. et pot. iud. deleg.* GAILL Lib. I. Obs. 35. nr. 9.

26) HARPPRECHT Vol. novo Consil. XXVII. nr. 31.

27) GAILL Lib. I. Obs. 35. nr. 11. *Frustra enim de possessione contenditur, et ius dicitur,* sagt MEVIUS Tom. II. P. VI. Dec. 100. *ubi de petitorio liquida res est. Tunc enim petitorium absorbet possessorium. Et potest non modo, sed etiam debet iudex super evidenti petitorio ius dicere, etsi tantum super possessorio lis et conclusum fuerit; immo etsi libellus unice comprehenderit, et de se non intromittendo in petitorium protestatio multiplex accesserit.*

ten[28]); und wenn ihm die ganze Sache aufgetragen worden ist, so ist kein Zweifel, daß er auch das von ihm eröfnete rechtskräftige Urtheil vollstrecken könne[29]). Ob bey einem Commissarius eine Wiederklage angebracht werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige[30]) wollen sie nur dann zulassen, wenn die Commission auf Ansuchen beyder Partheyen, oder wenigstens des Klägers erkannt worden ist; dahingegen wollen sie solche in dem Falle für unzuläßig halten, da die Commission aus eigner Bewegung oder bloß auf Ansuchen des Beklagten angeordnet worden ist. Andere[31]) hingegen behaupten, daß die Wiederklage nur insofern bey der Commission angestellt werden könne, als sie mit der Vorklage in einerley Schriften und Urtheilen verhandelt wird, oder letztere ohne die erstere nicht füglich erörtert werden kann. Dahingegen gehöre die Wiederklage nicht vor den Commissär, wenn ihm namentlich

28) *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. select. forens. Specim. I. Observat. 13.

29) Ex eo enim, heißt es im *cap. 5. X. de off. et pot. iud. del.* quod causa cuidam simpliciter committitur, super omnibus, QUAE AD CAUSAM IPSAM SPECTARE NOSCUNTUR, plenariam recipit potestatem; und in *cap. 28. X. eodem* wird noch der Grund hinzugefügt: iurisdictio illa (sc. delegata) nullius videretur momenti, si coercitionem aliquam non haberet. S. BOEHMER iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 37. et 38. und *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 248. Estor Anfangsgründe des gem. und R. Proc. 1. Th. §. 2321.

30) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXIII. medit. 1. seq. Hofmanns T. R. Praxis 1. Th. §. 1102.

31) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. R. 5. Th. S. 398. folg.

lich nur die Conventions- oder Vorklagesache aufgetragen worden ist. Allein richtiger ist wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche bey dem Commissär die Anbringung einer Wiederklage zulassen, sobald sie bey dem ordentlichen Gericht Statt gefunden hätte, in dessen Stelle eine Commission eintrat [32]). Tritt jedoch irgend ein gegründetes Bedenken ein, so ist es am rathsamsten, desfalls an den Committenten Bericht zu erstatten, und sich Verhaltungsbefehle darüber zu erbitten [33]).

Gegen die Erkenntnisse und Verfügungen eines commissarischen Richters finden ohne Zweifel die sonst gewöhnlichen Rechtsmittel Statt [34]), woferne nicht etwa der Auftrag mit dem Anhange geschehen wäre, daß sich der Commissarius an keine Appellation oder andere Rechtsmittel kehren solle [35]), welches jedoch, da niemanden der Weg der Vertheidigung abgeschnitten werden darf, anders nicht als aus rechtmäßigen Gründen geschehen kann [36]). Ein solcher rechtmäßiger Grund wäre z. B. wenn der Auftrag einen

 solchen

32) Gönner im Handbuch 4. B. Nr. LXXIV. §. 2. Nr. 4. S. 87. Thibaut System des Pandectenrechts 1. Band §. 610. S. 424. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 279.

33) RULANT de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 4.

34) *Cap. 11. de off. et pot. iud. deleg. in VIto.* Eichmanns Erklärungen S. 418. folgg.

35) *Cap. 27. §. 5. X. eodem. Cap. 53. X. de appellat.* Es wird aber dennoch bey offenbarer Ungerechtigkeit des Urtheils die Appellation zugelassen. *Cap. 9. X. de sentent. et re iud. cap. 47. X. de appellat.*

36) Claproth in dem ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 58.

solchen Gegenstand beträfe, wobey ganz unleugbar kein Rechtsmittel Statt fände. Da zu den Rechtsmitteln gegen richterliche Erkenntnisse vorzüglich die Appellation gehört, so entsteht die Frage, an wen von dem Ausspruch des Commissarius appellirt werde? Man giebt gemeiniglich die Regel, daß von dem Commissarius an den Committenten appellirt werde. Allein da Cabinets-Justiz jetzt wegfällt [37], und auch durch Commissionen keine Veränderung oder Vervielfältigung der Instanzen veranlaßt werden darf; so geht man sicherer von dem Grundsatz aus, daß ein Commissarius an die Stelle des ordentlichen Richters trete. Hieraus folgt, daß von seinem Ausspruche an denjenigen obern Richter appellirt werden müsse, welchem der ordentliche Richter subordinirt ist [38]). Ist demnach eine kaiserliche Commission erkannt worden, so geht die Appellation an dasjenige Reichsgericht, welches sie erkannt hat [39]); jedoch steht in Ansehung der von dem Reichshofrathe erkannten Austrägalcommissionen der Weg der Berufung sowohl an diesen, als an das Reichskammergericht offen [40]). Von den Aussprüchen der landesherrlichen Commissarien hingegen geschieht die Appellation an die obere Instanz desjenigen Gerichts, dessen Gerichtsbarkeit dem Commissarius über-

37) Gönners Handbuch 1. Band Nr. I. §. 3. folgg.

38) Gönners Handbuch 4. Band Nr. LXXIV. §. 2. S. 89.

39) v. Berg Grundriß der reichsgerichtl. Verfassung und Praxis §. 183.

40) Conc. der Cammergerichtsordnung Th. 2. Tit. 2. §. 2. Tit. 6. Tit. 31. §. 1. Reichshofrathsordn. vom Jahr 1654. Tit. 2. §. 5. Eichmanns Erklärungen S. 421.

übertragen war[41]). Die Lehre von der Subdelegation wird erst beym §. 208. abgehandelt werden.

§. 200.

Wenn die Commission aus mehreren Commissarien besteht, können in der Abwesenheit des einen die übrigen gültig verfahren?

Es ist nicht ungewöhnlich, in einer Civiljustizsache, besonders wenn sie von Wichtigkeit ist, mehrere Commissarien zu ernennen. Zuweilen bringen die Partheyen selbst mehrere Commissarien in Vorschlag. Es können aber auch erhebliche Bedenklichkeiten den Committenten bewogen haben, mehrere Commissarien zu verordnen, oder man setze den Fall, daß sich der andere Theil, welches ihm frey steht, einen Concommissarius erbeten habe. Es sey nun der eine oder der andere Fall vorhanden, so entsteht die Frage, ob einer ohne den andern in der aufgetragenen Rechtssache etwas gültig vornehmen könne[42])? Man hat zunächst darauf zu sehen, ob diesen commissarischen Richtern der Auftrag auf eine unbestimmte Art, und ohne allen weitern Zusatz geschehen, oder unter einer bestimmten Clausel. Im erstern Falle müssen dieselben zusammen die Commission und alle einzelne Stücke derselben ausführen, und einer

41) Gönners Handbuch 1. Th. Nr. I. §. 13. S. 31. *de* LUDOLF Obſervat. for. P. I. Obſ. 100. Mehlen über die Appellation und andere Impugnationmittel gegen richterl. Erkenntnisse §. 49. S. 79. Sieber von der Macht der Reichsstände selbst Recht zu sprechen §. 184. Claproth 1. Th. §. 63.

42) *I. H.* BOEHMER in iur. eccl. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 23—32. hat diese Frage umständlich erörtert.

ner kann ohne den andern nichts gültiges vornehmen[43]). Daher verbindet die von dem einen Commissarius ohne den andern verfügte Citation den Vorgeladenen nicht[44]), und das Urtheil ist ipso iure nichtig, was einer ohne den andern gesprochen hat[45]). Es wäre denn, daß der Abwesende dem andern seine Stelle übertragen hätte, und ihm diese Gewalt entweder in dem Auftragsschreiben ausdrücklich beygelegt worden, oder der Commissar ein solcher wäre, dem die Subdelegation schon ipso iure erlaubt ist[46]). In diesem Falle kann zwar der andere allein, jedoch nicht anders, als im eigenen und des behinderten Concommissarius Namen, verfahren[47]). Sind demnach mehrere Commissarien zur gemeinschaftlichen Betreibung der ihnen aufgetragenen Sache bestellt, so kann keiner den

43) *Cap. 16. et 22. X. de offic. et pot. iud. deleg.* Das röm. Recht stimmt hiermit völlig überein. *L. 37. u. 39. D. de re iud.*

44) *Cap. 22.* alleg.

45) *Cap. 16. cit.*

46) Das *Cap. 6. X. de offic. et potest. iud. deleg.* scheint zwar dem Concommissar ein solches Uebertragungsrecht ohne Unterschied einzuräumen, wenn es daselbst heißt: Si vero duobus causa committitur, etiamsi non apponatur, ut unus sine altero procedat in ea, nihilominus unus ex ipsis sive suo coniudici, sive alii, vices suas potest committere in hac parte. Allein dieser Text redet von päbstlichen Delegaten, denen die Subdelegation ihrer Würde wegen ipso iure erlaubt ist, wie aus *cap. 3. X. eodem* erhellet. Es kann daher nur auf solche Commissarien angewendet werden, welchen die Subdelegation erlaubt ist. S. Eichmann in den Erklärungen S. 457.

47) Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 57. S. 215.

den andern, ohne eine Nichtigkeit zu begehen, ausschliessen[48]), es ist vielmehr die Gegenwart aller dieser Commissarien so nöthig, daß durch den Tod des einen auch sogar die Gewalt der übrigen aufhört[49]), wofern nicht etwa einem Collegium unter seinem collectiven Namen eine Commission ertheilt worden, weil ein solches, als moralische Person betrachtet, nicht ausstirbt[50]). Sollten jedoch die Partheyen selbst ein solches Geschäft genehmigen, und der Committent kein Interesse dabey haben, es als ungültig anzusehen; so könnte zwar wohl der ausgeschlossene Commissar sich hierüber beschweren, und auch den auf ihn kommenden Antheil der Gebühren fordern; allein das Recht der Partheyen, durch Vereinigung einer sonst ungültigen Handlung eine Gültigkeit zu verschaffen, würde doch wenigstens mit Grunde nicht bezweifelt werden können[51]).

Wenn hingegen mehrere Commissarien unter einer bestimmten Clausel ernannt worden sind, so kann diese Clausel von doppelter Art seyn. Entweder die alternative Clausel: sammt oder sonders, das ist, einer für alle und alle für einen, welche in den Decretalen des P. Bonifacius VIII. mit den Worten ausgedruckt wird: *ut omnes, aut duo, aut unus eorum mandatum exequantur*[52]); oder die bedingte Clausel: daß wenn einer oder der andere der Commission nicht beywoh-

48) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. V. Obs. 1300.

49) *Cap. 42. X. de offic. et pot. iud. del.*

50) Eichmanns Erklärungen S. 451.

51) Eichmann S. 453.

52) *Cap. 8. eodem in VIto.*

nen könnte, oder wollte, alsdenn die übrigen sich der Sache allein zu unterziehen befugt seyn sollten, welche im canonischen Recht folgendermassen lautet: *Quodsi non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant*[53]). Man hält insgemein dafür, daß eben dieses auch der Sinn der Clausel: sammt und sonders sey. Allein dem Wortverstande nach ist sammt und sonders und sammt oder sonders einerley, daher allerdings mit Claproth[54]) anzurathen ist, in dem Commissorial-Rescripte statt jener Clauseln bestimmtere Ausdrücke zu gebrauchen. Der Unterschied besteht nun darin. Ist der Commissionsauftrag mehreren unter der alternativen Clausel und in solidum geschehen, so kann sich der eine so gut, als der andere dem aufgetragenen Geschäft unterziehen, und wenn einer derselben, ohne die anderen, den Auftrag allein zu vollziehen angefangen hat, so gehet dieser hernach den andern so lange vor, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Die alternative Clausel hat also die Wirkung der Prävention, vermöge welcher die übrigen so lange ausgeschlossen werden, bis derjenige, der dem andern zuvorkam, selbst nicht handeln kann. Diese Wirkung fällt aber alsdann weg, wenn der Committent entweder in dem Auftragsschreiben ausdrücklich verordnet hat, daß keine Prävention statt finden solle, oder solche stillschweigend durch die Bestimmung verworfen hat, daß durch die auf Seiten des einen oder des Andern

53) *Cap. 21. 23. u. 30. X. eodem.*

54) Claproth a. a. O. §. 57. S. 216. Man sehe hier besonders *Sam.* STRYK Diss. de clausulis commissionum. *Halae 1705.* und Eichmann S. 464. folg.

Andern geschehene frühere Geschäftsunterziehung derselbe keinen Vorzug vor den übrigen erlangen solle[55]). Ist dieses nicht geschehen, so können die übrigen sich der Sache weiter nicht annehmen, es sey denn, daß der erstere wegen Krankheit oder aus einer andern rechtmäßigen Ursache die Commission nicht fortsetzen könnte oder nicht fortsetzen wollte[56]). Wenn hingegen die Commission mehreren unter der bedingten Clausel: *si non omnes* aufgetragen worden ist, so können zwar die übrigen die Commission allein ausführen, wenn der Fall eintritt, daß einer nicht dabey seyn wollte oder könnte[57]). Es muß aber doch vorher die Verhinderung oder Entschuldigung den übrigen gehörig angezeigt werden[58]). So lange dieses nicht geschehen ist, kann keiner ohne den andern das mindeste unternehmen[59]).

55) Dieß ist der Sinn der Clausel: *Quod non melior fieri debeat conditio occupantis*, im *Cap. 6. de procurat. in VIto.* S. Eichmann S. 461. folg.

56) *Cap. 8. de off. et pot. iud. del. in VIto.* Quum plures sub illa forma, ut omnes, aut duo, vel unus eorum mandatum apostolicum exequantur, aut alia consimili, iudices vel executores a sede apostolica deputari contingit: ipsorum quilibet iniunctum potest libere adimplere mandatum. Porro uno eorum negotium inchoante commissum, alii nequibunt se ulterius intromittere de eodem, nisi vel infirmitate, vel alia iusta causa illum contingeret impediri: aut si nollet, vel malitiose in eo procedere recusaret.

57) *Cap. 13. X. eodem.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 206.

58) *Cap. 13. X. de rescript.*

59) *Haec enim censetur esse mens delegantis*, sagt BOEHMER in iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 29. ganz richtig, *ut omnes*

Die Gesetze erklären ein solches Verfahren für nichtig, welches von dem einen ohne Zuziehung des andern, der sich nicht entschuldiget hatte, unternommen worden ist[60]). Wie? wenn der Auftrag bloß unter der Clausel: dafern e einer oder der andere der Commission beyzuwohnen verhindert würde, geschehen wäre, und einer, ohne gerade ein nothwendiges Hinderniß anführen zu können, sich entschuldigte, bloß weil er nicht dabey seyn wollte, können die übrigen dennoch gültig verfahren? Böhmer[61]) läugnet dieses, weil ein Commissorium streng nach den Worten zu erklären sey, und hiermit auch die Verordnung des P. Cölestins III.[62]) übereinstimme. Allein Engel[63]) und van Espen[64]) sind

omnes MAGIS *quam unus procederet, non vero ut* PRO LUBITU *unus alterve eorum causam commissam, quae pluribus delegata est, exequi debeat.*

60) *Cap.* 21. *X. de off. et pot. iud. deleg.* — In hoc casu taliter respondemus, quod cum aliquis delegatorum iudicum per certum nuncium vel excusatorem literatorie destinatum non ostenderit, se interesse non posse, vel alias de eodem constare non poterit, residui procedere ad causae cognitionem non debent: quod si processerint, nihil reputabuntur egisse.

61) Cit. loco §. 28.

62) *Cap.* 13. *X. de rescript.* Die Worte, worauf sich Böhmer beruft, lauten folgendergestalt: Nec enim ille, qui tantummodo non vult interesse, hac impossibilitatis interpretatione valeat aliquatenus excusari; nisi forte sic in rescripto habeatur expressum, si non omnes interfuerint, vel simul nequiverint, aut noluerint interesse.

63) in Collegio univ. iuris canon. Lib. I. Tit. XXIX. nr. 16. — *Ista porro conditio:* SI NEQUIVERINT, sagt dieser berühmte Cano-

sind anderer Meinung, und diese scheint mir billig den Vorzug zu verdienen. Denn einmal würde ja Cölestin sich selbst widersprochen haben, der in einer andern Verordnung[65]) ganz deutlich sagt: Adiicimus etiam, quod ubi fuerit in commissione adpositum, *ut si omnes interesse nequiverint*, duo eam nihilominus exequantur; si aliquis ex ipsis, *cum possit, noluerit interesse*, duo nihilominus in causa procedant, licet ille tertius gravissime sit arguendus pro eo, quod mandatum apostolicum exequi subterfugiat aut contemnat. Idem quoque per omnia dicimus observandum in causa, quae committitur duobus, eo apposito, *ut si ambo interesse nequiverint*, alter nihilominus exequatur. Diese Worte berechtigen uns, mit jener Clausel, in welcher bloß der Fall des Hindernisses ausgedrückt ist, einen solchen Sinn zu verbinden, daß auch der Fall der bloßen Weigerung darunter zu verstehen sey. Dies entspricht auch ganz der Absicht des Committenten, welche bey dem Gebrauche jener Clausel doch gewiß nur dahin gegangen seyn kann, daß dadurch die Vollziehung des Auftrags beschleuniget werden solle. Zum andern ist auch die vom Böhmer angeführte Verordnung gar nicht entgegen, indem der Sinn derselben offenbar nur dahin gehet, daß derjenige Commissar, der ohne

Canonist, *involvit etiam conditionem:* SI NOLUERINT, *adeoque condelegatis* NOLENTIBUS *interesse, reliqui procedere poterunt.*

64) in Iure eccles. univ. P. III. Tit. V. Cap. II. §. 40. — *Quodsi clausula tantum exprimat*, SI INTERESSE NEQUIVERINT, *et unus ex* ipsis, *cum* POSSIT, NOLUERIT *interesse, reliqui nihilominus possunt procedere.*

65) *Cap. 21. X. de off. et pot. iud. deleg.*

ohne ein rechtmäßiges Hinderniß sich der Commission entzieht, zur Verantwortung und Strafe gezogen werden kann, wodurch jedoch die Befugniß der übrigen, bey verweigerter Theilnahme des einen, in der Sache zu verfahren, im mindesten nicht ausgeschlossen wird, wie Böhmer an einem andern Orte[66]) selbst gesteht. Bey so deutlicher Vorschrift der Gesetze kann daher auch die Regel, daß alle commissoria strictae interpretationis sind, keine Statt finden; so wie es auch endlich gegen alle Regeln der Critik streitet, wenn man statt der Worte: *si omnes interesse nequiverint*, mit Böhmer lesen wollte: si non omnes interfuerint, indem hierzu gar keine Nothwendigkeit vorhanden ist[67]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß wenn die mehreren Commissarien in Entscheidung der Sache verschiedener Meinung sind, zwar die Mehrheit der Stimmen entscheide, bey vorhandener Gleichheit derselben aber dem Committenten überlassen werden müsse, welche Meinung er bestätigen will[68]).

§. 201.

66) §. 27. pag. 669. *Duae quaestiones haud confundendae! I) Utrum valeat, quod a reliquis, uno recusante, actum est? quod affirmatur*; II) *utrum, qui recusat implere mandatum iniunctum, delinquat et puniri queat? quod itidem affirmatur.*

67) Mit mir stimmt auch Eichmann in den Erklärungen 5. Th. S. 471. folgg. überein.

68) *Cap. fin. X. de sententia et re iudic.* — Duobus iudicibus diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore, sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. *Si vero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis.* Add. *L. 28. D. de re iudic.* Jetzt ist die Entscheidung vielmehr dem höch-

§. 201.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die allgemeine und besondere. Verschiedene Gattungen der letztern.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit, in soferne sie der delegirten entgegen gesetzt wird, wird in Ansehung ihrer Gränzen wieder in die allgemeine (iurisdictio generalis s. universalis) **und die besondere** (iurisdictio particularis) **eingetheilt**[69]**, je nachdem sie sich entweder auf alle nicht ausdrücklich ausgenommene Personen, Sachen und Oerter binnen einem gewissen District erstreckt, oder blos auf eine gewisse Gattung von Sachen, oder auf eine gewisse Classe von Personen, oder auf gewisse bestimmte Oerter eingeschränkt ist. Erstere macht die Regel aus, die letztere aber ist wie eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, daher wird auch jene von einigen Rechtsgelehrten** *iurisdictio ordinaria*, **diese aber** *iurisdictio exemta* **genennt**[70]**. Eine allgemeine Gerichtsbarkeit haben z. B. Hofgerichte, Canzeleyen, Regierungen, Stadtgerichte, die Amtsgerichte auf dem Lande, u. d. m. Die beson-**

höchsten Gericht oder einem Spruchcollegium zu überlassen. S. Thibaut System des Pandectenrechts 1. Band §. 610. a. E. S. 424.

69) Man vergleiche hier vorzüglich Kopps ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen. 1. Theils 3. Stück; HILDEBRAND de iurisdictione universa secundum mores hodiernos compendiose considerata. *Alt.* 1714. rec. 1754. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 105. sqq.

70) S. *Christ. Gottl.* BIENER Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. *Lipsiae* 1777.

besondere Gerichtsbarkeit ist von verschiedener Art. Es lassen sich vier Hauptgattungen derselben gedenken.

I) Kann die besondere Gerichtsbarkeit auf gewisse Gattungen von Sachen eingeschränkt seyn. Aus dieser Art entstehen die Handelsgerichte (iurisdictio mercantilis), welche blos mit Handlungs- und Wechselsachen[71]), die Zunftgerichte, welche blos mit Handwerkssachen; die Berg- und Thalgerichte (iurisdictio metallica et salinaria), welche blos mit Berg- und Salzwerkssachen[72]); die Forstgerichtsbarkeit, oder forstliche Obrigkeit (iurisdictio forestalis)[73]), welche blos mit Forstsachen; die Lehnsgerichtsbarkeit (iurisdictio feudalis)[74]), welche blos mit Lehnssachen; die Vormundschafts- oder Waisengerichte, welche blos mit Vormundsschaftssachen; die Policeygerichte[75]), welche bloß mit Policeysachen zu thun haben, u. dgl. m.

II) Eine

71) LINK Diss. de iudiciis Reipubl. Norimb. cap. 7.

72) *Ge.* ENGELBRECHT de iudiciis metallicis. *Ienae 1740. Io. Gottl.* SIEGEL Diss. de iurisdictione metallica. *Lipsiae 1754.* Franz Ludw. von Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts 1. Abth. Kap. 4. S. 53. folgg. MALBLANC Conspect. §. 113.

73) *Io. Iod.* BECK Tr. de iurisdictione forestali. *Frfti et Lips.* 1748. MALBLANC §. 115.

74) MALBLANC §. 106—110.

75) NEURATH Diss. sist. observationes nonnullas de cognitione et potestate iudiciaria in caussis, quae politiae nomine veniunt. *Erlangae 1780.* v. Berg Handbuch des teutschen Policeyrechts 1. Th. 2. Buch 4. Abschn. S. 131. Was Policeysachen

II) Eine andere Gattung der besondern Gerichtsbarkeit ist diejenige, welche bloß auf eine gewisse Classe von Personen eingeschränkt ist. Zu dieser Art gehören die Hofmarschallsgerichte (iurisdictio aulica)[76]; welche die Gerichtsbarkeit blos über die fürstlichen Hofbedienten; die Kriegsgerichte (iurisdictio militaris), welche bloß über Soldaten und die zum Soldatenstande gehörigen Personen[77]; die Universitätsgerichte (iurisdictio academica), welche blos über die zur Academie gehörigen Personen und Universitätsbürger[78]; die Fabrikgerichte, dergleichen z. B. im Braunschweigischen über die daselbst auf den Fabriken arbeitenden Personen gehalten werden[79]; ferner die Gastgerichte[80], welche in den Rechtshändeln der Fremden und Reisenden die Gerichtsbarkeit verwalten. Hierher gehören auch die gutsherrlichen Zinsgerichte, deren Gerichtsbarkeit (iurisdictio colonaria) blos auf Meyer und Erbzinsleute eingeschränkt ist, und vor welche nach uralter Observanz nur solche Sachen gehören, welche in Beytreibung guts-herr-

sachen sind, und wie sie sich von Justizsachen unterscheiden, erklärt Gönner im Handbuch 2. B. Nr. XXVI. und der ungenannte Verf. der staatsrechtl. Betrachtungen über den Unterschied zwischen Policey- und Justizsachen. 1805. 8.

76) Mosers teutsches Hofrecht. Leipzig 1754.

77) MALBLANC. §. 129.

78) MALBLANC. §. 128.

79) S. E. D. v. Liebhaber Einleitung in das Herzogl. Braunschweig-Lüneburg. Landrecht 1. Th. 2. Abh. 8. Kap. §. 11.

80) S. *Sam. Frid.* WILLEMBERG Diss. de iudicio peregrinitatis, in Desselben *Exercitat. Sabbath.* P. II. N. 62. und Kopp von den Gastgerichten, in dem angeführten Buche 3. St. 8. Abth. §. 308. ff.

herrlicher Gefälle an Rauchhünern, Erbenzins, Baulebung u. dgl. mittelst der Hülfsvollstreckung, ferner in Einziehung und Wiederbesetzung der zinsbaren Höfe und Meyerdingsgüter, Uebergabe und Veräusserungen derselben, auch Schlichtung der über den Besitz solcher Güter entstandenen Händel bestehen [81]).

III) Die besondere Gerichtsbarkeit kann auch auf eine gewisse Classe von Personen und Sachen zugleich eingeschränkt seyn. Dahin gehört die geistliche Gerichtsbarkeit, welche nicht nur in persönlichen Sachen der Kirchen- und Schuldiener, sondern auch in objectivgeistlichen Sachen gegründet ist. (§. 106.) Auch die in Franken so gewöhnliche Gemeindeherrschaft oder *iurisdictio communitatis* [82]) verdient einige Erwähnung. Man versteht darunter den Inbegriff gewisser Rechte, welche in Gemeindesachen und über die zu einer Gemeinde gehörige Personen, wenn sie auch Unterthanen einer andern Herrschaft

81) Man vergleiche MEINDERS de iudiciis colonariis, besonders aber Hrn. v. Selchow's Untersuchung über die wahre Beschaffenheit der teutschen gutsherrlichen Zinsgerichte oder Meyerdinge; in Desselben neuen Rechtsfällen. (Frankf. am Mayn 1787. 4.) 1. Band Nr. 2. S. 135—314. auch Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. III. cap. 3. und Hofmanns T. Reichspraxis 2. Th. §. 1298.

82) Von dieser handeln ausführlich *Christph. Wilh.* TEUFFEL in Diss. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis. *Altorf. 1719.* und Hr. Prof. Siebenkees in der Abh. von der Gemeindherrschaft in Franken; in Desselben Beyträgen zum teutschen Recht. 1. Th. (Nürnberg u. Altdorf 1786. 8.) Nr. VII. S. 209—217.

schaft sind, ausgeübt werden[83]). Sie darf nicht mit der gemeinherrschaftlichen Obrigkeit, oder der vielherrigen Herrschaft (iurisdictione communi), die sich in Franken ebenfalls häufig findet, vermischt werden, denn diese letztere steht mehreren Landes- oder Gerichtsherren an einem gewissen Orte gemeinschaftlich zu[84]); allein die Gemeindherrschaft kann einem einzigen zustehen, wenn gleich an diesem Orte mehrere Herrschaften seyn sollten. Sie ist auch von der Landeshoheit gar leicht zu unterscheiden, da die Gemeindeherrschaft sich blos auf Gemeindesachen, deren Anordnung, Aufsicht, Untersuchung, Entscheidung und Bestrafung einschränkt. Die Rechte derselben sind nicht überall die nämlichen, sondern die Bestimmung derselben hängt in einzelnen Fällen von dem Herkommen und Besitzstande ab. Man pflegt jedoch dahin gewöhnlich zu zählen das Recht Dorfs- und Gemeindeordnungen zu ertheilen; Gebote und Verbote in Gemeindesachen ergehen zu lassen; die Gemeinde-Aemter zu bestellen, und die dazu verordneten Personen z. B. Dorfshauptleute, Schulzen, Dorfs-Vierer, Gemeinschreiber, Gemeinhirten, Amtsknechte ꝛc. in Eid und Pflicht zu nehmen;

83) Teuffel in der angef. Dissertation Cap. I. §. 5. sagt IURISDICTIO COMMUNITATIS *est ius sive potestas in communitatem seu res universitatis qua tales competens, et de his caussis cognoscendi, et ius dicendi, etiamsi in ea aliorum diversorum dominorum subditi sint.*

84) Von dieser handeln *Io. Christph.* DONAUER in Diss. de iurisdictione communi sive de condominio iurisdictionali. *Altorf.* 1698. und *Ge. Ad.* WILL in Diss. de iurisdictione communi. *Giessae* 1701.

men; in Policeysachen zu disponiren, z. B. Caminfeger, Nachtwächter zu bestellen, über Maaß, Elle und Gewicht die Aufsicht zu haben, und alle Verfälschungen zu verhindern; ferner die Abhörung der Gemeinderechnungen, Hut- und Weidesachen, die Benutzung und Austheilung der Gemeindehölzer u. dgl. zu reguliren, und in streitigen Fällen zu entscheiden, die Unterhaltung der Gassen, Schranken, Wege und Stege, Gemeindeanlagen zur Bestreitung des gemeinen Aufwands zu machen, Gemeinfrohnen auszuschreiben, und in allen Sachen, welche nicht in die Criminalität laufen, das Directorium zu führen. Vornehmlich aber ist dies eine Wirkung der Gemeindherrschaft, daß von derselben die Uebertreter der Gemeindeordnungen, diejenigen, die in ihren Gemeindeämtern etwas versehen haben, und die auf gemeinen Gassen und Strassen, öffentlichen Plätzen oder Gemeindewasen, so weit die Markung des Dorfs geht, begangene Frevel gerügt und bestraft werden, in sofern dieselben nicht in die peinliche Gerichtsbarkeit einlaufen. Diese Gemeindherrschaft ist nun in manchem Dorfe der hohen Obrigkeit anhängig, und gehört dem Landesherrn; in manchem Dorfe, insonderheit in solchen, welche nur einen Eigenherrn haben, ist sie mit der Vogteylichkeit verbunden; in manchen Dörfern, welche vermischte Herrschaften haben, wird dieselbe bisweilen privative, bisweilen cumulative, oder auch abwechselnd z. E. auf ein, zwey, oder mehrere Jahre, durch die Eigenherrn ausgeübt; sie kann auch zuweilen der Dorfgemeinde überlassen seyn, und durch die Dorfhauptleute oder Vierer ausgeübt werden; ein Fall, der jedoch heut zu Tage selten ist. Es läßt sich also hierin keine allgemeine Regel geben, sondern es ist in vorkommenden Fällen immer darauf zu sehen, was Verträ-

ge,

ge, unbestrittenes Herkommen, oder der Besitzstand mit sich bringen.

IV) Die letzte Gattung der besondern Gerichtsbarkeit ist endlich diejenige, welche in Ansehung des Orts eingeschränkt ist. Hierher gehören die Zaun- und Pfahlgerichte.

Unter der Zaungerichtsbarkeit (iurisdictio circumsepta) welche auch unter dem Namen der Binnengerichte oder der Gerichte binnen Zauns[85]), vorkommt, versteht man diejenige besondere Gerichtsbarkeit, welche bloß auf gewisse Höfe, Häuser und Wohnungen eingeschränkt ist, und sich weiter nicht erstreckt, als so weit deren Bezirk und Zaun gehet. Sie ist gleichsam, wie man sagt, mit Thür und Angel beschlossen[86]). Diese Zaungerichte umfassen in der Regel die völlige niedere Gerichtsbarkeit in dem Bezirke, in welchen sie eingeschränkt sind[87]). Wer diese Gerichte hat, kann daher nicht nur Rechtshändel untersuchen und entscheiden, sondern auch Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit vornehmen, z. B. Contracte, Ehestiftungen u. dgl. bestätigen, inventiren, Vormünder bestellen ꝛc.[88]). Es kann auch einem solchen Richter die

 Befug-

85) Eine Hauptschrift ist *Sam.* STRYKII Disp. de iurisdictione circumsepta. *Halae 1670.* Man sehe jedoch auch Pufendorf P. II. Sect. V. Cap. un. §. 3. seqq. pag. 597.

86) MALBLANC Consp. §. 104.

87) PUFENDORF c. l. §. 6. sagt: *Iurisdictio intra sepes in dubio ita explicanda est, ut civilem quidem plenam, non item altam contineat,*

88) Pufendorf giebt §. 10. S. 602. die Regel: *Iurisdictio intra sepes per se eandem, quam civilis ordinaria, potestatem con-*

Befugniß, über die in dem Bezirke der seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Häuser und Höfe begangenen geringen Verbrechen zu cognosciren und selbige zu bestrafen, eben so wenig, wie einem andern Civilrichter, abgesprochen werden. Daß die Zaungerichte im Zweifel auch auf die obern oder peinlichen Gerichte ausgedehnet werden könnten, wie Stryk[89]) behaupten will, streitet gegen die oben vorgetragenen allgemeinen Grundsätze[90]). Daß sie aber mit der peinlichen Gerichtsbarkeit alsdann verbunden seyn können, wenn sie mit dieser Ausdehnung erworben worden sind, ist ausser Zweifel. Da übrigens die Zaungerichtsbarkeit nicht gerade auf die Person der Gutsleute eingeschränkt, sondern eine iurisdictio ratione loci exemta ist, so kann durch dieselbe allerdings auch ein Gerichtsstand in Ansehung fremder Personen, in sofern sie in dem Bezirke derselben Verbrechen begehen, oder contrahiren, begründet werden. Es hat daher die Regel, welch Pufendorf[91]) giebt, ihre vollkommene Richtigkeit, *ut quoties vel domicilium vel locus sive contractus, sive delicti commissi, vel et rei sitae forum fundet, vel quoties in ceteris iurisdictionis actibus in personam vel rem potestas sufficiat, iurisdictio iudicis intra sepes competens et fundata sit.* Allein auf die zu den Höfen zwar gehörigen, jedoch ausser den Zäunen liegende Güter und

continet, adeoque si non locus et forum, sed iurisdictio ipsa et potestas inspicitur, iudici intra sepes idem, quod civili vulgari, licet. Siehe auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 3.

89) Diss. cit. Cap. III. nr. 5. sqq.

90) S. §. 189. N. V. S. 44.

91) a. a. O. §. 13. S. 603.

und Ländereyen, kann sich diese Gerichtsbarkeit ihrer Natur nach nicht erstrecken[92]).

Ganz von den Zaungerichten verschieden sind die Pfahlgerichte (iurisdictio palaris)[93]. Man versteht darunter diejenige Gerichtsbarkeit, welche an einen Hof und die dazu gehörigen Gutsleute mit deren Kindern und Gesinde gebunden ist, sich auf Fremde aber nicht erstreckt, außer in sofern sie sich auf dem Hofe als Miethsleute befinden. Wenn andere Fremde in solchen Höfen etwas strafbares begehen, so kann zwar der Pfahlrichter solche Delinquenten in Arrest nehmen lassen, darf sich jedoch, wenn auch gleich das Vergehen vor die Niedergerichte gehören sollte, keiner Cognition noch Bestrafung anmaßen, sondern muß von der geschehenen Inhaftirung dem ordentlichen Richter Nachricht geben, und die Delinquenten auf desselben Verlangen ausliefern[94]). Es scheint daher diese Pfahlgerichtsbarkeit mehr eine iurisdictio personarum als loci zu seyn, wofür sie auch Pufendorf hält[95]). Gewöhnlicher Weise gehören vor diese Gerichte nur Personalklagen[96]) und geringe Vergehungen der Gutsbehörigen oder

92) STRYK in der angeführten Dissertat. Cap. IV. nr. 8. sqq.

93) Von dieser handelt Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. I. Cap. 3. pag. 685.

94) Pufendorf a. a. O. §. 17—20.

95) Pufendorf sagt daher a. a. O. §. 2. IURISDICTIO PALARIS *nihil aliud est, quam domini in colonos eorumque domesticos iurisdictio personalis.* Eben so Hr. v. Selchow in Elem. iuris germ. privati hod. §. 682.

96) *Praeter ius pignorandorum colonarum et destituendorum,* sagt Pufendorf a. a. O. §. 11. *iurisdictio palaris actiones continet*

oder der auf dem Gute sich befindenden Miethsleute und Häuslinge, in sofern letztere mit dem Strafpfahl, Gefängniß oder Geldbuße zu bestrafen sind[97]). Realklagen gegen solche Personen sind daher bey dem ordentlichen Richter anzustellen, welcher desfalls die Beklagten ohne Requisition des Pfahlrichters unmittelbar vorladen kann[98]). Daß von den Pfahlgerichten die Testamente der denselben unterworfenen Personen auf- und angenommen[99]), auch Vormünder für Unmündige bestellt werden können[100]), ist gewiß; allein die gerichtliche Bestätigung der Contracte kann nur in soferne vor diesen Gerichten geschehen, als dadurch kein dingliches Recht einem andern bestellet werden soll. Nam in realibus causis auctoritas et potestas iudicis palaris omnino excluditur[1]). Jedoch kommt hierbey auch vieles auf die besondere Verfassung eines jeden Landes an.

Den

tinet personales ex vero vel quasi ex contractu proficiscentes, sed et si ex delicto vel quasi ex delicto extra curiam commisso adversus colonos civiliter ageretur ad id, quod interest. Et de his causis cognoscere palaris iudex et pronuntiare potest, exequi item iudicata in ipsis curiis.

97) Pufendorf §. 7—10.

98) Pufendorf a. a. O. §. 23. — *Iudex loci ordinarius in ceteris causis non personalibus, quae palari iurisdictioni non assignantur, citare eosdem colonos, qui sub iudice palari existunt, non requisita huius venia immediate ad se potest, sed ita, ut genus causae, cur citentur, in ipsa citationis forma exprimatur.*

99) Pufendorf §. 43. pag. 702.

100) Ebenderselbe §. 46.

1) Pufendorf a. a. O. §. 44.

Den Zaun- und Pfahlgerichten pflegt man gemeiniglich die Land- oder Strassengerichte entgegen zu setzen, welche der Dorfherr, wenn er mit den ober- und niedern Gerichten beliehen ist, in bürgerlichen und peinlichen Sachen, sowohl in dem Dorfe selbst als auf der ganzen Feldmark ausübt [2]). Daß diese Strassengerichte sich auch auf Kirchen, Kirchhöfe und Gottesäcker erstrecken, und daher denselben über die an solchen Orten begangene Verbrechen die Cognition und Bestrafung gebühre, ist ausser Zweifel [3]). In diesem Betracht involviren also die Strassengerichte eine allgemeine Jurisdiction. Allein sie können auch als eine Art der besondern Gerichtsbarkeit angesehen werden, in soferne sie blos über die öffentlichen Land- und Heerstraßen ausgeübt werden. Diese Gerichte stehen der Regel nach dem Landesherrn zu [4]). Denn die Land- und Heerstrassen gehören nach den Grundsätzen des teutschen Staatsrechts zum landesherrlichen Eigenthume. Daher sie auch Königsstrassen genennt werden.

2) STRYK Diss. de iurisdict. circumsepta Cap. I. nr. 28. HEINECCIUS in Diss. de origine et indole iurisdict. patrimonialis §. 20. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 1. Samml. 4. Abschn. S. 217.

3) Eine weitere Ausführung hierüber findet man in STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 20. Siehe auch *Io. Tob.* RICHTER select. iuris Principior. Diss. 3. §. 9.

4) PUFENDORF de iurisdict. german. P. II. Sect. IV. Cap. un. §. 29. sq. pag. 610. sq. Estor bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen 1. Th. §. 2043. Hrn. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts §. 129. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 23. S. 72. am Ende.

den [5]). Wenn daher ein Landesherr Jemand die Gerichtsbarkeit in einem gewissen Districte, durch welchen die Landstrasse zieht, verliehen hat, so kann die Verleihung derselben im Zweifel nicht auch auf letztere ausgedehnt werden, sondern die Strassengerichte bleiben dem Landesherrn vorbehalten [6]), wofern dieselben nicht durch besondere Privilegien und Landesverträge der Patrimonialgerichtsbarkeit sind überlassen worden [7]), oder Jemand besonders mit den Stras-

5) In der Regalienverordnung Friedrichs I. welche II. F. 56. befindlich ist, werden die viae publicae ausdrücklich zu den Regalien gerechnet.

6) Hierin stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XLVII. §. 43. FRITSCH de regali viarum publicar. iure Cap. III. §. 20. Cap. X. §. 11. sq. in Operib. T. I. P. I. n. 14. ZIEGLER de iurib. maiestat. Lib. II. cap. 17. §. 30. STRUV in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aph. XXIII. n. 2. PFEFFINGER ad Vitriarium T. III. Lib. III. Tit. II. n. 54. not. c. p. 226. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Spec. DI. Coroll. 1. pag. 657. BIENER de natura et indole dominii in territor. Germ. pag. 107. sqq. *Gottl. Theod.* MILLER Diss. de eo, quod iustum est circa vias publicas. (*Giessae 1776.*) §. 25. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts §. 67. Anmerk. 3. S. 117. u. a. m. Es ist zwar Struben in den rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 81. anderer Meinung; allein einzelne Beyspiele von solchen Ländern, in welchen durch Landesgesetze oder Landesverträge die Strassengerichte mit den ordentlichen Gerichten vereiniget worden sind, heben die entgegenstehende Regel nicht auf. Man vergleiche besonders *Car. God. de* WINCKLER Progr. corollarium iuris criminalis undevicesimum continens, *de iurisdictione criminali in via regia.* Lipsiae 1786.

7) So z. B. ist im Mecklenburgischen Erblandesvergleiche von 1755. Art. 21. §. 419. der Ritterschaft, wie auch allen

Straffengerichten beliehen ist. Es ist das nicht nur dem unbestrittenen Herkommen, sondern auch der Natur der Sache um so mehr gemäß, da der Landesherr ohnehin auch das Geleitsrecht ausübt, und für die gemeine Sicherheit und Beförderung der Reisenden sorgen muß, ja sogar im Falle eines erlittenen Straßenraubs, laut ausdrücklicher Reichsgesetze[8]) sowohl, als verschiedener reichskammergerichtlichen Erkenntnisse, deßhalb haftet[9]). Es hört jedoch die Landstraße mit dem Eintritt in ein Dorf oder eine Stadt auf, und nimmt erst jenseits desselben wieder ihren Anfang. So weit daher die Landstrasse durch das Dorf geht, wird sie in Beziehung auf Gerichtsbarkeit als ein Theil des Dorfs betrachtet[10]). Daher zu erklären ist, warum die Dorfgerichte zuweilen Strassengerichte engtnen werden.

Zuletzt gedenke ich noch der Eintheilung der Gerichte in geschlossene (*iurisdictio clausa*) und ungeschlossene (*iurisdictio non clausa*)[11]). Ein geschlossenes Gericht

allen Landbegüterten und Städten die Gerichtsbarkeit über die Landstrassen, so weit sie durch ihre Güter gehen, gelassen worden.

8) Augspurg. Reichsabsch. vom J. 1559. §. 34. Executionsordn. vom J. 1673. Kap. 4. §. 3. Siehe auch den Sachsenspiegel 2. Buch Art. 27.

9) GAIL in Obseryat. pract. Lib. II. Obs. 64. MILLER in Diss. alleg. §. 30.

10) *de* WINCKLER in Progr. cit. cui inest coroll. iur. crim. XXI. und Runde a. a. O.

11) S. David Georg Strubens Abhandlung von geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten der Landsassen, in Des-

richt wird dasjenige genennt, dessen Gerichtsbarkeit zugleich die Ausübung gewisser Rechte in Landes-Polizey-Militair- und andern dergleichen Sachen, welche sonst zum Ressort der herrschaftlichen Beamten gehören, dergestalt unter sich begreift, daß kein fürstlicher Beamte in dem Distrikte desselben etwas in solchen Sachen vorzunehmen berechtiget ist. Ein ungeschlossenes Gericht hingegen ist dasjenige, in welchem der Gerichtsherr nur die Gerichtsbarkeit ausübt, die benachbarten fürstlichen Beamten hingegen alle eben bemerkten Fälle unmittelbar besorgen [12]. Die Benennung eines geschlossenen Gerichts ist keinesweges mit Herrn von Knigge [13]) von den adelichen Schlössern und Burgsitzen, welche gemeiniglich ein solches Gericht haben, herzuleiten, sondern bezieht sich vielmehr darauf, daß diese Gerichtsbarkeit von aller Concurrenz landesherrlicher Beamten befreyet ist, wie auch Herr von Selchow [14]) und Herr Hofr. Runde [15]) bereits bemerkt haben. Denn geschlossene Gerichte sind kein

Desselben Nebenstunden 5. Th. 34. Abhandlung, S. 123—183. und PUFENDORF de iurisdictione clausa, in Desselben libro *de iurisdict. germ.* P. II. Sect. III. Cap. 3. S. 503—518.

12) S. Erich Daniel von Liebhaber Einleitung in das Herzogl. Braunschweig-Lüneburgische Landrecht. (Braunschweig 1791. 8.) 1. Th. 2. Abhandl. 2. Kap. §. 2. S. 107. und Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 23. S. 72.

13) de nat. et indole castrorum in Germ. *Goett. 1747.*

14) in Elem. iuris germ. privati hodierni P. Spec. Lib. I. Cap. IV. Sect. II. Tit. VII. §. 278.

15) Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts §. 407.

kein ausschließliches Vorrecht oder wesentliches Merkmal der grössern Rittergüter, da in vielen Landen alle Patrimonialgerichte, ohne weitere Rücksicht auf die Grösse des Gutes, wozu sie gehören, geschlossen sind, und die Eintheilung in geschlossene und ungeschlossene Gerichte überhaupt erst in neuern Zeiten aufgekommen ist [16]). Diese geschlossenen Gerichte sind nun entweder geschlossene Ober- oder Untergerichte. Jene besorgen in ihrem Districte alle Hoheitssachen, als die Veranstaltung der Kriegsfuhren, Wegebesserungen, Patroullirung der Heerstraße, Bestellung zur Landfolge u. dergl. Sie haben ferner die Aufsicht über die Policey, und repartiren die öffentlichen Abgaben, die sie den landesherrlichen Cassen unmittelbar zuschicken. Geschlossene Niedergerichte hingegen sind den Beamten in Niedergerichts-, nicht aber in Obergerichtsfällen geschlossen [17]). Zu den unstreitigen Vorzügen der geschlossenen Gerichte gehört übrigens, daß ihnen die landesherrlichen Verordnungen von der Regierung unmittelbar und nicht durch die Beamten zugesendet werden. Es verstatten auch die geschlossenen Gerichte nicht, daß die Aemter ihre Hintersassen zu Landfolgen, Kriegsfuhren und dergleichen auffordern, oder die Steuern von ihnen beytreiben, sondern alles dieses besorgen die erstern selbst, und liefern die Steuern unmittelbar in die Landescassen [18]).

§. 202.

16) Struben a. a. O. §. 13. u. 14. S. 166. hat dieses ganz deutlich erwiesen, wo er auch zugleich untersucht, wie der Unterschied zwischen geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten entstanden ist.

17) Hrn. v. Liebhaber Einleitung in das Braunschw. Lüneb. Landr. a. a. O.

18) Struben in der angef. Abhandl. §. 13. S. 167. folg.

§. 202.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die competente und prorogirte. Beyläufige Bemerkungen über die *Lex Iulia iudiciorum*, deren Urheber, Inhalt und Zeitalter.

In Rücksicht auf die Personen, über welche die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, wird sie in die competente und prorogirte eingetheilt. Die Gerichtsbarkeit wird nämlich entweder vermöge der ordentlichen Gerichtsverfassung, so wie sie einmal im Staate durch die Gesetze angeordnet ist, blos über die ihr unterworfenen Gerichtsunterthanen in concreten Fällen ausgeübt, oder sie wird über solche Personen ausgeübt, die eigentlich sonst unter dieser Jurisdiction nicht stehen, sondern sich derselben durch Vertrag unterworfen haben. In dem ersten Falle pflegt man die Gerichtsbarkeit, wie auch unser Verf. lehrt, eine competente, in dem letztern aber eine prorogirte zu nennen. Allein da auch die iurisdictio prorogata ohne Zweifel als eine competente anzusehen ist, so wird erstere von andern Rechtsgelehrten schicklicher die ordentliche Gerichtsbarkeit (*iurisdictio ordinaria*) genennt [19]. In der Regel hat nun jede Gerichtsbarkeit ihre bestimmten Gränzen, und es stehet daher nicht gerade zu in der Macht des Richters, diese auszudehnen. Auch die Partheyen können nicht aus bloßer Willkühr den ordentlichen Richter übergehen, und sich der Gerichtsbarkeit eines jeden incompetenten Richters unterwerffen. Denn die Gränzen der Gerichtsbarkeit und der davon abhangende Gerichtsstand gehören

19) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4212. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1234.

hören zur Verfassung eines Staats oder Landes, und diese kann durch Verträge der Unterthanen nicht aufgehoben oder abgeändert werden [20]). Weil indessen sich Fälle ereignen können, wo die Anerkennung eines sonst incompetenten Richters zur Erleichterung des Laufs der Rechtspflege dient, und wo es den Parthenen allzu lästig seyn würde, wenn sie schlechterdings genöthiget wären, dem ordentlichen Richter zu folgen, zumahl da kein Magistratus ehemahls recusirt werden konnte [21]); so haben die Gesetze selbst, zum Besten der Parthenen, die Prorogation d. i. die Erstreckung der Gerichtsbarkeit auf einen sonst incompetenten Richter unter gewissen Einschränkungen zugelassen. Die erstern Spuren davon finden wir in der Lex Iulia iudiciorum, deren Ulpian Erwähnung thut [22]). K. August, welcher der Urheber dieses Gesetzes ist [23]), nicht Julius Cä-sar

20) *L. 38. D. de pact. L. 27. D. R. I. Cap. 12. X. de foro comp.*

21) *Ant.* SCHULTING Diss. de recusatione iudicis. Cap. VI. §. 5. (in *Commentation. academ. Halae 1770.* iunctim edit. p. 72.)

22) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

23) Dieß erhellet aus MACROBII *Saturnal.* lib. I. cap. 10. MODESTINUS *L. un. §. ult. D. ad L. Iul. de ambitu,* verglichen mit DIO CASSIUS *Lib. LIV.* pag. 533. Ferner SUETONIUS in *vita Aug.* cap. 32. verglichen mit CALLISTRATUS in *L. 41. pr. D. de recept.* S. CUJACIUS in Observat. Lib. XXI. cap. 32. SIGONIUS de Iudiciis Lib. II. c. 7. *Ant.* AUGUSTINUS de nominib. propr. Pandectar. cap. IV. §. 22—24. *Iac.* LECTIUS ad Modestinum de poenis L. ult. ad Leg. Iul. de ambitu pag. 140. *van* BYNKERSHOEK Obs. I. R. Lib. VI. c. 17. BACH Histor. Iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 13. und besonders *Math.* TEMMINCK in Diss. ad Fragmenta quaedam Legis Iuliae de iudiciis.

sar der Dictator, wie viele Rechtsgelehrten irrig geglaubt haben [24]), stellte hierdurch, wahrscheinlich ums Jahr der Erb. Roms 730. [25]), die durch die bürgerlichen Kriege so sehr in Verwirrung gerathene Justizverfassung wieder her [25]), und bestimmte in zwey verschiedenen Abschnitten die Form der bürgerlichen und peinlichen Gerichte [27]). Daher die Namen *Lex Iulia iudiciaria* [28]), *Lex Iulia iudiciorum publicorum* [29]), woraus Brisson [30]) und Noodt [31]) ohne genugsamen Grund verschiedene Gesetze machen wollen [32]). Was nun August in diesem Gesetz von der Erstreckung

ciis. *Traject. ad Rhen.* 1757. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. iurid. in Academ. Belgic. habitar.* Tom. II. Vol. II. N. 2. pag. 73.)

24) Z. B. *Lud.* CHARONDAS ad L. 1. D. de iudic. *Paul.* MANUTIUS de Legibus c. 15. *Vincent.* GRAVINA de LL. et SCtis §. 99. *Iac.* GRONOVIUS ad Gellii Noct. Attic. Lib. XIV. c. 2. u. a. m. Allein TEMMINCK in der angeführten Dissertat. Cap. I. pag. 71. hat diesen Irrthum gründlich widerlegt.

25) DIO CASSIUS cit. loc. und ASCONIUS PEDIANUS in arg. Orat. Cic. pro M. Scauro.

26) SUETONIUS in *vita Augusti* c. 32.

27) TEMMINCK a. a. O. S. 75.

28) *L. un. §. ult. D. ad Leg. Iul. de amb.*

29) *L. 12. §. 2. D. de accusat. et inscript. L. 10. princ. D. de grad. et adfin.*

30) Select. Antiquitat. iuris Lib. IV. cap. 7.

31) de Iurisdictione Lib. II. cap. 12.

32) Die in den Gesetzen vorkommende verschiedene Benennungen beweisen dieß wenigstens nicht. Denn es ist eine bekannte Wahrheit, daß die röm. Rechtsgelehrten einem Gesetz von dem

streckung der Gerichtsbarkeit verordnet hat, führt zwar Ulpian nicht vollständig an [33]), allein es läßt sich solches aus einer andern Stelle dieses römischen Rechtsgelehrten [34]) schliessen, wo er wenigstens den Sinn des Gesetzes durch folgende Worte ausdrückt: *Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, et consentiant; inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.* Hieraus ergiebt sich also, was **Prorogation** der Gerichtsbarkeit heißt, welche also darin besteht, wenn sich die Partheyen durch Uebereinkunft der Jurisdiction eines Richters unterworfen, welcher sonst nicht competent seyn würde [35]). Das Wort *prorogare* kommt zwar in der Bedeu-

dem verschiedenen Inhalt desselben oft verschiedene Namen beylegen. S. meine Introductio in studium historiae Legum positivarum Germanor. (*Halae* 1781. 8.) Cap. I. Sect. II. §. 19. Not. 3. pag. 31. Es darf uns auch nicht irre machen, wenn **Macrobius** a. a. O. Leges Augusti iudiciarias anführt. Denn es ist bey den Alten gar nichts ungewöhnliches, ein Gesetz, das aus mehrern Kapiteln besteht, Leges zu nennen. Die Leges Corneliae de sicariis beym SUETONIUS *in vit. Caes.* cap. 11. die Corneliae Maiestatis beym CICERO *in Pison.* cap. 21. AMM. MARCELLINUS Lib. XIX. cap. 13. und LL. Iulia et Papia Poppaea, welche sehr oft in unsern Gesetzen unter dem Namen *Leges* angeführt werden, z. B. *L. 3. §. 1. D. de concub.* geben uns genug Beyspiele hiervon, denn alle diese Gesetze waren, jedes für sich, immer nur eins.

33) Er führt *L. 2. §. 1. D. de iudic.* nur die Worte: *quominus inter privatos conveniat*, daraus an.

34) *L. 1. D. de iudiciis.*

35) *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. II. Tit. 6. nr. 1. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 295.) Von der

Bedeutung, in welcher es hier genommen wird, nirgends im dem römischen Gesetzbuche vor. Ulpian[36], auf dessen Auctorität man sich insgemein beruft, braucht das Wort ausdrücklich nur von der Dauer der Zeit[37]. Allein das canonische Recht[38] nimmt den Ausdruck *Prorogatio* öfters für eine Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über ihre Gränzen, und diesen Sinn hat der Sprachgebrauch adoptirt[39].

§. 203.

der Prorogation der Gerichtsbarkeit handeln vorzüglich *Frid. Gottl.* STRUV in Diss. de iurisdictione prorogata. Ienae 1708. *Diet. Herm.* KEMMERICH Exercit. de prorogatione iurisdictionis. *Vitemb.* 1727. *Io. Ulr.* CRAMER in Diss. de iurisdictione prorogata. *Marburgi* 1737. (in *Opuscul.* Tom. II. nr. XXIX.) *Io. Aug.* BACH Exercit. iuris civ. de prorogatione iurisdictionis. *Lipsiae* 1756. (in Desselben von Klotz zu Halle 1767. 8. herausgegebenen *Opusculis ad histor. et iurisprud. spectantib.* nr. XI. S. 406. folgg.) *Aug. Cornel.* STOCKMANN in Disputat. de iurisdictione prorogata. *Lipsiae* 1777. und Hr. Hofr. Schnaubert Abh: in wie ferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zulässig sey oder nicht? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht 2. Th. (Giesen 1783.) Nr. 3. S. 149. ff.

36) *L. 2. §. 2. D. eodem.* Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali iussione PROROGATIO fuerit inhibita, possunt TEMPORA, intra quae iussus est litem dirimere, PROROGARI.

37) S. PERIZONII Animadv. histor. cap. VI. pag. 229. seqq. et DRACKENBORCH ad *Livium* XXIII. 25.

38) *Cap. 32. et 40. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

39) Zierlicher würde man mit NOODT de iurisdictione lib. II. c. 12. sagen: *propagare iurisdictionem.* Man sehe auch WISSENBACH ad Pandect. Disput. VI. §. 36. und HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 9.

§. 203.

Nothwendige und freywillige Prorogation. Ausdrückliche und stillschweigende. Ist der bloße Vertrag der Partheyen zur ausdrücklichen Prorogation hinreichend, oder wird hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfordert? Erläuterung der *L. 18. D. de iurisdict.* und *L. 29. Cod. de pact.*

Nach der gemeinen Theorie theilt man die Prorogation der Gerichtsbarkeit ein, in die freywillige und die nothwendige, je nachdem sie entweder durch einen Vertrag der Partheyen, oder durch das Gesetz selbst, auch gegen den Willen der Parthey geschieht, die den Richter über sich anerkennen soll, unter welchem sie eigentlich nicht steht. Es ist auch in der Praxis der Satz außer Zweifel, daß der Beklagte vor demselben Gerichte, wo er belangt worden, den Kläger wieder belangen könne, und daß dieser die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen verbunden sey, wenn auch der Richter in Rücksicht des Klägers sonst incompetent seyn sollte. Allein in der Theorie wollen viele Rechtsgelehrte, unter den ältern besonders Anton Quintanaduegna [40]), Thomasius [41]) und Noodt [42]), unter den neuern aber Bach [43]), Stockmann,

40) Cit. loc. nr. 7. et 8.

41) in Not. ad Pandect. h. t.

42) de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. 12.

43) in der angef. Dissertation §. 3. *Neque enim*, sagt Bach, *cum a lege alicui magistratui defertur in certis caussis iurisdictio, quae alioqui eius non erat, prorogari dici potest.*

mann[44]), Thibaut[45]) und Grolmann[46]) diese Eintheilung verwerfen, und nur die freywillige Prorogation für ächt halten. Sie glauben vielmehr, richtiger in den Bestimmungen der Gesetze über die Wiederklage ein gemeinrechtliches forum speciale erkannt zu haben. Es ist auch nicht zu läugnen, daß die Lex Iulia iudiciorum nur von einer solchen Prorogation redet, die durch den Vertrag der Partheyen geschieht; dieß lehren die Worte dieses Gesetzes: *quominus inter privatos* CONVENIAT bey Ulpian[47]) ganz deutlich, und die Gesetze des Römischen Rechts, welche man zur begründung jener gemeinen Theorie anzuführen pflegt, sind wirklich noch vielen Zweifeln unterworfen, wie *Ianus a* COSTA[48]) sehr einleuchtend gezeigt hat. Man glaubt indessen, daß diejenige Prorogation, welche die gemeine Schule mit dem Namen der nothwendigen bezeichnet, zuerst durch eine extensive Erklärung von den römischen Rechtsgelehrten eingeführt, und nachher durch den Gerichtsgebrauch bestätigt, so wie durch neuere Gesetze erweitert worden sey. Da es hier vor allen Dingen erst auf die Bestimmung des richtigen Begriffs einer Wiederklage ankommt; so werde ich §. 204. ausführlicher hiervon handeln.

Die

44) cit. Disputat. §. 2.

45) System des Pandectenrechts 1. B. §. 552.

46) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 50.

47) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

48) Commentar. in Decretales Gregorii IX. (*Lutet. Parisior.* 1676. 4.) Lib. II. Tit. 4. pag. 381.

Die eigentliche oder freywillige Prorogation gründet sich nun entweder auf einen ausdrücklichen Vertrag der Partheyen, oder sie wird aus concludenten Handlungen der Partheyen gefolgert, die eine Anerkennung des incompetenten Richters anzeigen. Im ersten Falle heißt sie eine ausdrückliche, im andern aber eine stillschweigende Prorogation. Soviel die erstere anbetrift, so entsteht die Frage, ob der blose Vertrag der Partheyen allein zur Prorogation genüge, oder ob nicht vielmehr hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfordert werde? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Corasius[49]), Noodt[50]), Schulting[51]), Böhmer[52]) und Kemmerich[53]) behaupten das erstere. Diese erfordern zur ausdrücklichen Prorogation der Gerichtsbarkeit nichts, als den Vertrag der Partheyen. Sie glauben, die bloße Entsagung des ordentlichen Gerichtsstandes sey hierzu hinreichend[54]). Das Civilrecht giebt zwar aus einem bloßen Vertrage keine Klage. Allein hier sey ja auch nicht davon die Rede, daß dem Kläger dieses Vertrags wegen eine neue Klage zustehen soll, sondern daß die Klage, die der Kläger schon vorher nach dem Civil- oder Prätorischen Rechte gegen den Beklagten hatte, bey einem sonst incompetenten Richter erho-

 ben

49) Miscellaneor. iuris civ. lib. IV. cap. 5.

50) de iurisdictione Lib. II. c. 12.

51) Enarrat. partis prim. Digestor. h. t. §. 14.

52) Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 21.

53) cit. Exercitat. §. 9.

54) *L. 1. D. Si quis in ius voc. non ierit. L. 7. D. qui satisdare cog.*

den werde. Und da nach dem prätorischen Rechte der bloße Vertrag wenigstens eine Exception oder Replik wirkt, so folge hieraus, daß, wenn etwa der Beklagte sich mit der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes (praescriptio fori) schützen wollte, der Kläger dieselbe sofort durch die Replik des eingegangenen Vertrags oder des Betrugs werde entkräften können. Ueberdem habe auch nicht nur die Lex Iulia iudiciorum, sondern auch Justinian[55]) den Vertrag wegen Prorogirung der Gerichtsbarkeit bestätiget. Allein Vultejus[56]), Huber[57]), Janus a Costa[58]), Bach[59]) und Stockmann[60]) sind anderer Meinung. Diese behaupten, der bloße Vertrag sey zur Prorogation nicht hinreichend; sondern werde erst wirksam, wenn der incompetente Richter von den streitenden Theilen wirklich angegangen worden ist. Solange dieß nicht geschehen, finde noch Willensänderung statt. Diese Meinung wird von den meisten Rechtsgelehrten[61]) vertheidiget, und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn wie? wenn den Kläger

55) *L. penult. Cod. de pact.*

56) in Comment. ad Cod. tit. de iurisdict. pag. 84.

57) Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

58) Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. II. Tit. 2. p. 360. in fin.

59) cit. Exercitat. §. 5.

60) Disputat. alleg. §. 3.

61) Unter den neuern sind noch als Vertheidiger dieser Meinung anzuführen C. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 50. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4213. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 154.

Kläger selbst der Vertrag gereuen sollte, und dieser also seine Klage bey dem ordentlichen Richter anbrächte, würde sich wohl der Beklagte mit der praescriptione fori schützen, und die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters hierdurch ablehnen können? Gewiß nicht! Sodann bestätigt diese Meinung auch eine ganz deutlich Gesetzstelle. *L.* 18. *D. de iurisdict.* Si convenerit, sagt Africanus, ut alius Praetor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret; et priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare. Diese Stelle lehrt ausdrücklich, daß die aditio iudicis incompetentis zur Prorogation der Jurisdiction desselben schlechterdings nöthig sey. Noodt und Schulting wollen zwar die Worte *mutata voluntas* von einer Aufhebung des Vertrags verstehen, welche mit beyder Theile Einwilligung geschehen ist. Sie glauben für ihre Erklärung einen wichtigen Grund in den Worten *nemo compelletur* gefunden zu haben. Denn diese beziehen sich unstreitig auf beyde Theile. Allein einmal wird die Redensart mutare voluntatem in unsern Gesetzen nur von dem gebraucht, welchem etwas gereuet[62]. Zum andern, wenn man Noodts Erklärung annehmen wollte, wie in aller Welt hätte Zweifel darüber entstehen können, ob ein Vertrag mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden könne, so lange ihn die Partheyen noch nicht durch wirkliche Antretung des unstatthaften Richters realisirt hatten? Es konnte auch nicht einmal, wie Kemmerich[63]) dafür hält, ein

62) Man sehe die Stellen nach bey BRISSONIUS de verborum significat. voc. *mutare*.

63) in der angef. Dissertat. §. X. not. g.

ein scheinbarer Zweifel daher entstehen, ob nicht etwa derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit zu prorogiren die Partheyen sich vereiniget hatten, die Aufhebung dieses ihres Vertrags für eine Verachtung seines Ansehens aufnehmen, und sie dennoch nöthigen können, ihre Convention zu halten. Denn nach der Verordnung der mehrgedachten Lex Iulia iudiciorum wird nicht einmal consensus Praetoris, nämlich desjenigen, dessen Jurisdiction prorogirt werden soll, erfordert, wie Ulpian [64]) sagt. Ohne die wirkliche Angehung des incompetenten Richters ist also keine Prorogation denkbar. Denn der Richter muß doch wissen, daß die Partheyen, die sonst unter ihm nicht stehen, sich in ihrer Sache seiner Jurisdiction unterworfen haben [65]), wie soll er das erfahren, wenn ihn die Partheyen nicht selbst angehen? wie soll er eine Gerichtsbarkeit über sie ausüben, wenn sie noch nicht vor ihm erschienen sind [66])? Es ist auch hierin durch das neuere röm. Recht nichts geändert worden. Denn die L. 29. Cod. de pactis, welche Noodt [67]) von der Prorogation der Gerichtsbarkeit verstehen will, redet eigentlich nur von der Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes, welche in einer schriftlichen Urkunde

64) *L. 2. §. 1. D. de iudic.*

65) *L. 1. D. eodem.*

66) Mit mir stimmt auch Anton Faber in Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. überein, welcher bey den Worten *mutata voluntas* anmerkt: Ratio decidendi est, iurisdictionem tunc prorogari, cum incipit exerceri, non antea. Actum enim aliquem iurisdictionis esse necessarium, constat ex *L. 2. §. 1. D. de iudiciis*, ibi *et putat suam iurisdictionem.*

67) de Iurisdict. et imperio lib. II. cap. 14.

kunde geschehen ist, und erklärt dieselbe gegen die ehemals hierüber erregten Zweifel der ältern römischen Rechtsgelehrten für gültig [68]). Nun ist zwischen der Prorogation der Gerichtsbarkeit und der Renunciation des Gerichtsstandes ein grosser Unterschied [69]). Letztere erfordert nichts als den Vertrag, die erstere hingegen kann durch den bloßen Vertrag nicht bewirkt werden, sondern erfordert ein solches Factum, wodurch die Partheyen sich der Gerichtsbarkeit des incompetenten Richters unterwerfen, wie Ulpian [70]) in den Worten: Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habet, est iurisdictio, deutlich genug zu verstehen giebt. Ferner vermöge der Prorogation wird der eigene und ordentliche Richter in einer gewissen Sache gänzlich ausgeschlossen, und der Streithandel an einen andern incompetenten Richter gebracht; die Renunciation des Forums hingegen legt bloß demjenigen, der einen befreyten Gerichtsstand hat, die Nothwendigkeit auf, sich in der ge-

 gen-

68) Dieß zeigen die Worte: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione, propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam; licet antea dubitabatur: si oporteret eundem scripturam tenere —. Sancimus, nemini licere, adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisd. et imperio Lib. II. Tit. 6. nr. 17. seqq. und *Io.* STRAUCHII Exercitat. ad quinquaginta Decisiones Iustiniani Imp. Dissertat. I. cap. 2—5.

69) *El. Aug.* STRYKII Disquis. for. de efficacia renunciationis fori hodierna ad L. pen. C. de Pact. *Francof. ad Viadr.* 1688. BACH cit. Differt. §. 5. STOKMANN all. Disput. §. 3. pag. 20.

70) *L. 1. D. de iudiciis.*

genwärtigen Streitsache seines Privilegiums nicht zu bedienen, sondern die Gewalt des gemeinen Richters anzuerkennen. Die Renunciatio fori setzt also immer voraus, daß der Beklagte einen befreyeten Gerichtsstand habe. Weil nun nach dem römischen Rechte kein Privilegium fori von der Wirkung ist, daß der Privilegirte hierdurch von aller Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters, unter welchem er eigentlich nach dem gemeinen Rechte stünde, gänzlich und schlechterdings eximirt wird, sondern nur so viel wirkt, daß er, wenn er will, den Kläger an seinen privilegirten Richter zurückweisen, sich aber auch, seines Privilegiums ungeachtet, noch immer vor dem gemeinen Richter auf die Klage einlassen kann, so war freylich die Entsagung des befreyeten Gerichtsstandes in soferne gültig, daß der in foro communi wider den Privilegirten angestellten Klage nun keine praescriptio fori mehr entgegengesetzt werden konnte. In dieser Hinsicht haben also die Entscheidungsgründe Justinians in der angeführten Decision ihr vollkommenes Gewicht. Si enim, dieß sind Justinians Worte, ex ipso Praetoris edicto pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt: quare et in hac causa pacta non valeant? Cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renunciare. Allein mit der Prorogation verhält es sich ganz anders. Diese betrift das Forum, was ein jeder nach dem gemeinen Rechte hat. Da nun solches zur Ordnung der Gerichte gehört, welche nicht zum Besten einzelner Bürger, sondern zum gemeinen Besten des Staats festgesetzt ist, so kann es durch bloße Renunciation nicht aufgehoben werden. Hier konnte also nur die wirkliche

Ver-

Verhandlung vor dem incompetenten Richter eine Prorogation bewirken. Der bloße Vertrag hingegen, priusquam adiretur, wie Africanus sagt, war unverbindlich. So hängt, wie mir deucht, alles vollkommen genau zusammen[71]), ohne mit Voet[72]) annehmen zu dürfen, daß African bloß dem Kläger, zu dessen Vortheil gemeiniglich der Prorogationsvertrag eingegangen zu werden pflegt, die freye Willensänderung gestatte, so lange derselbe keine Klage bey dem incompetenten Richter noch nicht angestellet hat; Justinian hingegen blos von dem Beklagten rede, und diesem die Freyheit benehme, durch Vorschützung der Einrede eines befreyeten Gerichtsstandes, das erworbene Recht des Klägers nichtig zu machen. Denn

 die

71) Vielleicht steht hier eine Stelle aus *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. nicht am unrechten Orte. Dieser sucht die L. 18. mit der L. pen. C. de pact. folgendermaßen zu vereinigen. *Qui competens magistratus est*, sagt er, *iurisdictionem habet, etiam in invitum*, L. 4. C. de iurisdict. L. 83. §. 1. D. de verb. obligat. *sed qui est incompetens, non potest habere, nisi in volentem*, L. 6. §. 10. D. de iniusto rupt. et irrit. test. *volens autem intelligitur, non qui voluit, sed qui vult eo praecise tempore, quo exercetur primus actus iurisdictionis. Interim igitur locus est poenitentiae. Non idem est, si quis promiserit, se non usurum praescriptione fori*, L. pen. C. de pact. *praescriptio enim illa non habet locum, nisi adversus ordinariam et competentem iurisdictionem: ideoque, si non opponatur, non ideo minus valet sententia: adeoque, si opponatur post litem contestatam.* d. L. 4. C. h. tit. L. ult. C. de except. Auch nicht ohne Nutzen wird man hier die gelehrte Anmerkung bey OBBAUER in Comment. acad. de iurisdictione Cap. I. §. XVI. Not. a. pag. 50. nachlesen.

72) in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 27.

die Worte: nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare, in der Stelle Africans, gehen ohne allen Zweifel auf beyde Theile[73].

Soviel hiernächst die stillschweigende Prorogation anbetrifft, so erfordert nun dieselbe

1) von Seiten des Klägers, daß er bey einem sonst nicht zuständigen Richter absichtlich seine Klage anbringe, und die Erlassung einer Citation an den Beklagten bewirke[74];

2) von Seiten des Beklagten aber, daß er sich nicht nur vor dem citirenden Richter stelle, sondern auch sich absichtlich vor demselben auf die Klage einlasse, ohne sich der Ausflucht des nicht zuständigen Richters zu bedienen[75]. Denn erst durch die Litiscontestation erklären die Partheyen ihre wechselseitige Absicht, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, fortsetzen und beendigen zu wollen[76]. Daher ist die bloße Erlassung einer Ladung so wenig als die

bloße

73) Eben dies bemerkt auch FABER in Rational. a. a. O. wo er sagt: *Nemo*, id est, neuter.

74) *L. 4. C. de in ius voc.* Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 50.

75) *L. 30. L. 52. pr. D. de iudic. L. un. Cod. de lit. contest. L. ult. C. de except.* Man pflegt zwar auch *L. 4. C. de iurisd.* hierher zu ziehen. Allein die Worte: *post litem contestatam* sind ein unächter Zusatz; man sehe *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 6. Cod. Theodos. de Iurisdict. T. I. pag. 95. ed. *Ritteri.* NOODT de iurisd. et imp. lib. II. c. 13. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 20.

76) MALBLANC Conspect. R. I. §. 155.

bloße Edition oder Zustellung der Klage hinreichend. Denn die Edition der Klage zeigt erst einen künftigen Proceß an, und dient vor der Hand nur dazu, daß der Beklagte bey sich überlegen kann, ob er den Kläger lieber in Güte befriedigen, oder sich mit ihm in einen Rechtsstreit einlassen soll. Daher sagt Modestin[77] ausdrücklich: Non videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis. Es wird demnach zur stillschweigenden Prorogation nothwendig erfordert, daß der Beklagte vor dem incompetenten Richter absichtlich litem contestire. Denn so lange die litis contestatio nicht geschehen ist, findet noch praescriptio fori statt[78]. Diese fällt aber weg, sobald lis contestirt worden ist.

Uebrigens können nur diejenigen, die Gerichtsbarkeit freywillig prorogiren, welche die Fähigkeit zu paciscirен, und streitige Rechtshändel vor Gericht zu betreiben, haben[79]. Daß jedoch im Namen der Unmündigen und Minderjährigen deren Vormünder und Pfleger die Jurisdiction prorogiren können, ist ausser Zweifel[80]. Ein Procurator hingegen kann, ohne einen besondern Auftrag von seinem Principal erhalten zu haben, einen solchen Vertrag nicht eingehen.

Auf

77) *L. 33. D. de iudiciis.* Add. *L. un. C. de litis contestat.*

78) Beruhet die Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einem ausdrücklichen Vertrage der Partheyen, so wird auf Seiten des Beklagten zur Begründung des Gerichtsstandes die Litis contestatio nicht erfordert, wie VINNIUS de iurisdictione cap. XI. §. 6. gezeigt hat.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

80) KEMMERICH alleg. Exercit. §. XIII. und STOCKMANN cit. Disputat. §. IV.

Auf Seiten der Partheyen muß ferner kein offenbarer Irrthum zum Grunde liegen. Der Beklagte muß demnach gewußt haben, daß er sich vor einem incompetenten Richter einlasse. Hätte er den Richter aus Irrthum für competent gehalten, so ist die Prorogation ohne Wirkung. Dies bestätigt Ulpian *lib. II. de omnibus Tribunalibus*[81]) in folgenden Worten: Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendum est, qui dicat consensisse eos in praesidem (besser lieset Cujaz[82]) *praesentem*): cum, ut IULIANUS scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit? Ein anders ist, wenn der Beklagte nach entdecktem Irrthume das vorher geschehene genehmigen, und bey diesem Richter bleiben will. Auf Seiten des incompetenten Richters schadet der Irrthum nichts. Dieß ist wenigstens die Meinung Ulpians[83]), welcher Justinian durch die Aufnahme derselben in das Gesetz-

81) *L. 15. D. de iurisdict.* add. *L. 2. pr. D. de iudic.*

82) Observat. Lib. I. cap. 32. *In praesentem*, id est, in eum Praetorem, quem per errorem adierunt. Ihm stimmt auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bey. Allein *Franc.* HOTOMANNUS Observat. Lib. IV. c. 9. und *Nic.* CATHARINUS Observat. libro ad h. L. lesen *praetorem*. Man sehe über diese verschiedenen Lesearten und Erklärungen vorzüglich *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisd. et imp. Lib. II. Tit. 6. nr. 10. seqq.

83) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.* Si privati consentiant, Praetor autem ignoret consentire, et putat suam iurisdictionem: an Legi satisfactum sit, videndum est? et *puto posse defendi, eius esse iurisdictionem.* Die Art, wie sich Ulpian ausdrückt, zeigt indeß, daß die Sache unter den röm. Rechtsgelehrten nicht ganz ausser Zweifel müsse gewesen seyn. S. NOODT de Iur. et Imp. Lib. II. c. 14.

Gesetzbuch der Pandecten die Kraft eines Gesetzes mitgetheilt hat. Sie ist auch der Lex Julia nicht zuwider. Denn diese erfordert nur den Consens der Partheyen. Es ist also zur Prorogation wenigstens keine ausdrückliche Einwilligung desjenigen Magistrats nöthig, dessen Gerichtsbarkeit erstreckt wird, obwohl freylich der fremde Richter nicht wider seinen Willen gezwungen werden kann, daß er Partheyen Recht spreche, die nicht unter ihm stehen [84]).

Eine andere Frage ist, ob die durch Prorogation begründete Gerichtsbarkeit, auch ohne Einwilligung des angegangenen fremden Richters aus bloßer Willkühr der Partheyen, wieder aufgehoben werden könne? **Lauterbach** [85]), **Kemmerich** [86]) und **Slevogt** [87]) sprechen den Partheyen diese Freyheit ab, weil es eine Verachtung des richterlichen Ansehens sey, und auch von den Gesetzen dafür aufgenommen werde [88]); soferne nicht etwa die Partheyen ihren Rechtsstreit durch einen Vergleich beylegen wollten, denn dieses könnte ihnen der prorogirte Richter freylich nicht wehren [89]). Allein **Voet** [90]) ist ganz anderer Meinung. Er glaubt, daß durch die wechselseitige Einwilligung der strei-

84) QUINTANADUEGNA c. l. nr. 7. et 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 29. BACH cit. Diss. §. 3. in *Opusc.* pag. 411.

85) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 34.

86) cit. Exercitat. §. XIV. in fin.

87) in Diss. de poenitentia. (*Ienae* 1694.) Cap. 2. §. 26.

88) *L. 11. D. de recept. qui arbitr. recepet.*

89) *L. 1. D. de novi oper. nunc.*

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 26.

streitenden Partheyen die prorogirte Gerichtsbarkeit auch gegen den Willen des angegangenen fremden Richters aufgehoben und geendiget werden könne. Die Regel: daß ein jeder Rechtshandel bey demjenigen Gerichte geendiget werden müsse, bey welchem er angefangen worden ist, stehe dieser Befugniß nicht im Wege. Denn diese Regel habe keinen andern Sinn, als daß kein Theil wider den Willen des andern den einmal anhängig gemachten Rechtsstreit vor ein anderes Gericht ziehen dürfe. Allein kein Gesetz verbiete den Partheyen, mit ihrer beyderseitigen Einwilligung den einmal fundirten Gerichtszwang zu verändern. Es stehe ihnen vielmehr frey, sogar den angegangenen ordentlichen Richter wieder zu verlassen, und ihren Rechtsstreit einem Schiedsrichter zur Entscheidung zu übertragen[91]). Mich dünkt, es sey ein Unterschied zu machen, ob die Partheyen mit Entsagung des angefangenen Processes die beym prorogirten Richter begründete Gerichsinstanz völlig verändern, und den Proceß bey einem andern Richter von neuen anfangen, oder ob sie denselben mit Abforderung der Acten bey einem andern Richter nur fortsetzen wollen. Im letztern Falle ist freylich wohl der Consens des prorogirten Richters erforderlich, denn es würde ein Eingriff in seine Rechte auf die von ihm geführten Acten seyn. Im ersten aber halte ich diese Eiwilligung darum nicht für nöthig, weil durch die Prorogation nur unter den prorogirenden Partheyen selbst, nicht aber mit dem Richter ein Vertrag eingegangen wird. Dieser erlangt also kein Recht daraus, die Partheyen zu nöthigen, daß sie den Proceß vor ihm fortsetzen sollen, weil sonst in dem entgegengesetzten Falle das in den Partheyen

91) *L. 9. §. 5. L. 10. L. 11. pr. D. de arbitr.*

thehen möglicher weise gegen ihn rege werdende Mißtrauen dem Proceß eine dem Staate nicht gleichgültige längere Dauer geben würde. Steht es überdem den Partheyen frey auch ohne Genehmigung des Richters sich zu vergleichen, ferner liti und causae zu renunciren, ja die Streitsache selbst mit Verlassung des angegangenen ordentlichen Richters an einen Schiedsrichter zu bringen, so muß ihnen auch gleiches Recht gegen einen prorogirten Richter zustehen, weil diesem nicht mehr Recht, wie dem ordentlichen Richter, zukommen kann [92]).

§. 204.

Giebt es eine nothwendige Prorogation der Gerichtsbarkeit durch Reconvention nach dem röm. Rechte? Begriff der Widerklage. Erläuterung der *L. 22. D. de iudic. L. 11. §. 1. D. de iurisdict. L. 1. §. 15. D. de extraord. cognit. L. 5. pr. C. de fruct. et lit. expens. L. 14. C. de sentent. et interloc. iudic.* und *Nov. 96. c. 2.* Wirkung der Reconvention.

Mehrere Rechtsgelehrte wollen einen Grund zur Prorogation der Gerichtsbarkeit auch aus einer gesetzlich fin-

92) Mit mir stimmen überein MEVIUS in Decisionib. Tom. I. Part. III. Decis. 139. u. 140. *Io. Andr.* FROMMANN Comment. de iure variandi. (*Tubingae* 1681.) Cap. III. Membr. VII. n. 326. pag. 104. Man sehe auch Joh. Fried. Wilh. Lammers Untersuchung der Frage: Ob und in wie ferne die Renunciation auf einen vor incompetenter Gerichtsstelle verhandelten Rechtsstreit von rechtlicher Wirkung seyn könne? Bayreuth 1795. 8. und *Chr. Iust. Iac.* IENISCH Diss. quatenus a prorogata per conventionem iurisdictione recedere liceat s. ad L. 18. D. de iurisd. *Goettingae* 1797. 8.

fingirten Einwilligung herleiten[93]). Sie finden nämlich in der Anstellung einer Klage eine solche concludente Handlung, woraus die Verbindlichkeit, die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen, gesetzlich fließe. Denn die Gesetze, sagt man, halten es für billig, daß der Kläger sich der Gerichtsbarkeit und dem Ausspruche desselben Richters in Ansehung der Forderungen des Beklagten unterwerfe, den er als Kläger für sich gewählt hat. Diese Prorogation, welche durch die Wiederklage geschieht, pflegt man die nothwendige zu nennen. Daß nach der heutigen Praxis eine Wiederklage die Wirkung habe, daß durch sie die Gerichtsbarkeit eines sonst nicht zuständigen Richters begründet werden könne, wenn sie nur vor dem Beschluß der Verhandlungen über die Vorklage noch angestellt wird, leidet keinen Zweifel. Ob aber auch dieses dem römischen Rechte gemäß sey, ist eine andere Frage. Es kommt hier vor allen Dingen auf die richtige Bestimmung des Begriffs einer Wiederklage an. Man versteht darunter eine von dem nämlichen Beklagten wider den nämlichen Kläger vor eben dem Richter angebrachte Klage, bey welchem erster in Anspruch genommen worden ist[94]). Diese

93) Ausser unsern Verf. vergleiche man auch MALBLANC in Conspect. rei iudic. §. 155. nr. III. p. 284.

94) Hierher gehören vorzüglich folgende Schriften: *Theoph.* GISEBERT Tr. de reconventione. *Colon. Agryp.* 1735. *Roman.* TELLER Diss. de reconventione veteri et hodierna. *Lipsiae* 1759. *Io. Aug.* GLEEMANN Disp. de mutuis petitionibus. *Lipsiae* 1770. und *Car. Guil.* ROBERT Disquisit. de non usu practico distinctionis inter mutuam petitionem atque reconventionem in Camera imperiali. *Wetzlariae* 1782. 4.

Diese Wiederklage ist demnach eine von der gegen den Beklagten angestellten Vor- oder Hauptklage (Conventio) ganz verschiedene Klage, und hierdurch unterscheidet sie sich von einer so genannten actio duplex, wo eine jede Parthey gleiches Recht hat, und derjenige, welcher der Kläger ist, nothwendig auch Beklagter seyn muß. Dies ist der Fall bey den Theilungsklagen [95]). Jeder kann zwar auf die Theilung dringen, der mit seinem Mitgenossen die Gemeinschaft nicht länger fortsetzen will. Allein derjenige, der als Kläger auftritt, muß sich's wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts, desgleichen wegen der bey Theilungen vorkommenden Gegenforderungen auch gefallen lassen, selbst Beklagter zu seyn. Denn sonst müßte die Klage getheilt werden, welche doch, da sie nur eine ist, ihrer Natur nach nicht getheilt werden kann [96]). Die Reconvention ist ferner von der Einrede der

95) IULIANUS *L. 10. D. fin. regundor.* Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum, tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis, et eius, quo cum agitur. CAJUS *L. 11. §. 2. D. h. t.* Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius, qui cognoscit? quod OFILIO et PROCULO placet: quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res in iudicium venit et vel uni adiudicari potest? quod et CASSIO et PEGASO placet, sane eorum sententia probabilis est. Conf. *Sim. Pet.* GASSER D.ss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae* 1736.

96) Ueber die Bestimmung und Berichtigung des ächten Begriffs der Reconvention ist vorzüglich *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. (*Aureliae Allobrog.* 1609. f.) Lib. XX. cap. 5. nachzusehen.

der Compensation zu unterscheiden. Denn diese hat nur zunächst die Entbindung von der Klage zur Absicht, jene aber wird, wie eine jede andere Klage, zu dem Ende gebraucht, daß der Kläger, als Wiederbeklagter, dem Beklagten und Wiederkläger etwas zu leisten verurtheilt werde. Man setze also den Fall, der Verkäufer eines Grundstücks klage actione venditi auf die Bezahlung des Kaufgeldes, der Beklagte aber belange dagegen den Kläger mit der actione emti auf das Interesse, weil das ihm verkaufte Grundstück mit Servituten beschwert ist, welches ihm doch der Kläger als ein ganz freyes, und, wie die Alten sagten, uti optimus maximusque esset, verkauft habe, so ist dieses eine wahre Reconvention. Der Name reconventio kommt in den Gesetzen selbst nicht vor, sondern diese sagen *mutua actio*, *mutua petitio* [97]). Eben dieser Ausdruck wird auch in den Decretalen gebraucht. Denn der vierte Titel des zweyten Buchs ist überschrieben de mutuis petitionibus. Der Ausdruck *reconventio* scheint vom Accursius herzustammen. Denn man findet ihn in der Rubrik der Novelle 96. *de executoribus et his, qui conveniuntur, et reconveniuntur*. Daß aber diese Rubriken nicht von Justinian, sondern von den Glossatoren herrühren, ist eine bekannte Wahrheit. Eine Gegenklage gestatten nun die Gesetze theils zur Abkürzung der Processe, theils um in solchen Fällen, in welchen keine Compensation Statt hatte, nicht nur eine Compensation, sondern auch eine Verurtheilung des Klägers zu bewirken.

97) *L. 11. D. h. t. L. 1. §. ult. D. de extraord. cognit. L. 38. D. mandati. L. 6. C. de compensat. L. 1. Cod. rerum amotar.*

ken[98]). Ob aber der Beklagte auch schon nach dem römischen Rechte vor demselben Gerichte, wo er belangt worden, den Kläger habe wiederbelangen können, wenn gleich der Richter in Rücksicht des Klägers incompetent war, und ob also das, was die heutige Praxis ohne allen Zweifel für Recht hält, aus dem römischen Recht herzuleiten sey, ist sehr zweifelhaft. Diejenigen, welche mit Cujaz[99]) dieses zu bejahen kein Bedenken finden, führen eine Menge Gesetzstellen an, welche aber etwas genauer geprüft zu werden verdienen.

Man beruft sich zuerst auf eine Stelle aus Paulus *libro* 3. *ad Plautium*[100]), wo er sagt: Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem iudicem mitti. Allein in dieser Stelle ist von keiner Reconvention die Rede, die vor einem in Ansehung des Klägers incompetenten Richter geschiehet, sondern sie ist vielmehr von dem privilegio revocandi domum zu verstehen[1]). Bey den Römern war nämlich die Stadt Rom bekanntermaßen der allgemeine Gerichtsstand aller Unterthanen des römischen Reichs, wenn sie nur daselbst anwesend waren, sie mochten

 übri-

98) *L.* 1. §. *ult. D. Quae sentent. sine appellat. rescind. L.* 1. *C. rer. amotar. L.* 18. §. 4. *D. commodati.* §. 30. *I. de action.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 18. p. 993. TELLERI cit. Diss. §. 2.

99) Observation. Lib. XII. c. 1. XXII. 2.

100) *L.* 22. *D. de iudiciis.*

1) *Ge. Ad.* STRUV Diss. de iure et privilegio revocandi domum. *Ienae* 1691. CLEEMANN cit. Differtat. §. 4. TELLER cit. Diss. §. 4.

übrigens in einer Provinz oder Municipium wohnen, wo sie wollten [2]). Hier war also ein jeder sich einzulassen schuldig, und niemand durfte sich mit der Ausflucht des unstatthaften Gerichtsstandes schützen. Nur einigen war das Privilegium ertheilt worden, daß, wenn sie etwa, während ihres Aufenthalts in Rom, daselbst belangt werden wollten, sie verlangen konnten, daß die Sache gegen Cautionsleistung an den Richter ihres Wohnorts verwiesen werde. Dieses hieß *privilegium revocandi domum*. Wer dieses vorschützte, behauptete nicht, daß die Obrigkeit, vor welche er war geladen worden, incompetent sey, sondern daß die Gerichtsbarkeit derselben, die sie sonst ausüben könnte, in gegenwärtigem Falle ruhen müsse. Daher war die Einrede des unstatthaften Richters ganz davon verschieden [3]). Dieses privilegium revocandi domum fiel jedoch alsdenn weg, wenn man an dem Orte, wo man belangt wurde, zuvor selbst gegen einen andern geklagt hatte. In diesem Falle konnte man nicht nur von seinem Gegner, sondern auch von einem jeden andern daselbst wieder in Anspruch genommen werden. Hier geschahe also keine Erstreckung der Gerichtsbarkeit durch Reconvention, da mehrgedachtes Privilegium jederzeit ein forum competens voraussetzte. Man führt weiter zum Beweis eine Stelle aus Cajus

2) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511. S. 255. folgg.

3) CUJACIUS in Recitat. solemn. ad §. 3. L. 2. D. de iudic. hat diesen Unterschied am besten auseinander gesetzt. Er sagt: REVOCANT FORUM, *qui utuntur praescriptione fori, ratione militiae, dignitatis, aut sacerdotii, aut qui vocatus ad iudicem incompetentem invocat competentem.* — DOMUM *autem* REVOCAT *is, qui vocatur ad forum non omnino incompetens, et tamen postulat litem transferri in locum sui domicilii.*

Cajus *lib. I. ad Edictum provinciale*[4]) an, wo es heißt: Sed et si mutuae sunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit; ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. Es wird hier eine solche Obrigkeit vorausgesetzt, welche die Jurisdiction nur bis auf eine gewisse Summe über ihre Bürger hat. Von dieser Art waren bey den Römern die Municipalobrigkeiten[5]), von deren Gewalt Cajus im erste Buche seines Commentars über das Edictum provinciale handelte[6]). Processe, deren Gegenstand die bestimmte Summe überstieg, gehörten nicht für sie, sondern vor den Präses der Provinz. Nun setze man den Fall, Cornelius, ein Bürger eines Municipium's, habe den Lentulus, der eben daselbst Bürger ist, vor dem Stadtmagistrat belangt. Cornelius klagt auf eine Summe, wegen welcher die Entscheidung des Streits noch innerhalb den Gränzen der Jurisdiction des Municipalrichters liegt. Allein Lentulus stellt eine Gegenklage an, welche diejenige Summe um ein merkliches übersteigt, bis auf welche die Jurisdiction des Richters gehet. Es fragte sich also, ob die Vorklage um der Wiederklage willen bey dem Richter, bey welchem sie war angestellt worden, Statt finde, oder ob sie nicht vielmehr an den Präses der Provinz zu verweisen sey? Cajus entscheidet nun diesen Fall so: *apud eundem agendum esse.*

4) *L. 11. §. 1. D. de iurisdict.*

5) PAULUS in *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 5. A. §. 1.

6) *L. 29. D. ad municipal.* die auch ex lib. I. *Caji* ad Ed. prov. genommen ist.

Diese Worte versteht man nun gemeiniglich so, als wenn beyde Klagen bey dem nämlichen Municipalbeamten zu verhandeln gewesen wären, und der Wiederbeklagte sich der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes nicht hätte bedienen können; vielmehr der Richter, der sonst in Rücksicht der Reconvention nicht competent gewesen wäre, dennoch es um der angestellten Vorklage willen geworden sey [7]). Allein daß die Worte *apud eundem iudicem* nicht auf beyde Klagen gehen, erhellet aus den Worten agendum est ei, *qui minorem quantitatem petit*, ganz klar. Denn giengen sie zugleich auf den Wiederkläger, so hätte es ja heissen müssen: *qui maiorem quantitatem petit* [8]). Der Sinn der Stelle geht also offenbar dahin, die Vorklage sey in dem vorliegenden Falle um der Wiederklage willen nicht zu interrumpiren, sondern bey dem Richter, vor welchem sie einmal angestellet worden, fortzusetzen und zu verhandeln, die Wiederklage hingegen an den Präses der Provinz zu verweisen, weil deren Entscheidung die Gewalt des Municipalsrichters übersteigt). Es ist zwar sonst eine Regel des römischen Rechts, maior quaestio minorem causam ad se trahit, welche auch Paulus *lib. I. sententiarum* [10]) anführt.

7) VOET in Comm. ad Dig. Tit. de iudic. §. 85. *Io. Aug.* CLEEMANN cit. Diss. §. 5.

8) Einige wollen auch wirklich statt minorem quantitatem, *maiorem* lesen, allein verlassen von aller Auctorität der Manuscripte, welche, so wie insonderheit auch die Florentinische Handschrift der Pandecten, ohne Ausnahme *ei, qui minorem quantitatem petit*, lesen. Daher verwirft jene Emendation mit Recht *Ian. a* COSTA ad Decretal. pag. 390.

9) TELLER cit. Diss. §. 7.

10) *L. 54. D. de iudiciis.*

anführt. Allein von dieser Regel konnte hier kein Gebrauch gemacht werden, weil sonst der Kläger der Chicane seines Gegners immer ausgesetzt gewesen wäre, wenn es diesem nicht gefallen hätte, sich vor der Municipalobrigkeit einzulassen, sondern ihm eingefallen wäre, den Proceß, zu nicht geringem Nachtheil des Klägers, an den Präses der Provinz zu spielen. Er hätte nur dürfen eine Gegenklage anstellen, und diese aus Chicane auf eine höhere Summe richten, als worüber der Municipalbeamte erkennen konnte. Diesen Entscheidungsgrund führt auch Cajus selbst an, wenn er sagt: *ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem iudicem*, das ist, apud eum, quem semel accessi, iudicem, *agere possim.* Anton Faber[11]) will zwar diese letzten Worte ebenfalls von dem Beklagten verstehen, welcher, wohl wissend, daß er weniger zu fordern hat, dennoch die Wiederklage aus Chicane auf eine grössere Summe richtete, damit er sich nur nicht bey dem Richter, vor welchem er zuerst belangt worden ist, einlassen dürfe; er will daher statt *calumniosa* lieber calumniosi lesen, auch die Worte *agere possim* in agere possit verändern. Allein hierzu ist kein genugsamer Grund vorhanden. Denn die letztern Worte gehen offenbar auf den Kläger, welcher zuerst geklagt hatte, wie in dem vorhergehenden gezeigt worden ist.

Man verbindet damit ferner eine Stelle aus Ulpians *lib.* 8. *de omnibus Tribunalibus*[12]), wo dieser Jurist sagt.

11) Rational. in Pandect. ad h. L. Diese Emendation hat auch bey SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Ex. VI. §. 19. Beyfall gefunden.

12) *L. 1. §. 15. D. de extraord. cognit.*

Haec omnia si apud Praesides petantur, videamus, an *de mutuis petitionibus* Praesides possint cognoscere, et putem debere admitti. Es ist bekannt, daß die Präsides bey den Römern in gewissen Fällen selbst sprechen, in andern aber den Parthenen auf ihr Verlangen einen Judex bestellen mußten. Nun setze man, Titius klagte gegen den Sempronius bey dem Präses der Provinz in einem solchen Falle, wo der Präses selbst cognosciren mußte; Sempronius hingegen stellte eine Gegenklage an, welche eine solche Sache zum Gegenstand hatte, wo der Präses eigentlich nach der Prozeßordnung den Parthenen einen Judex zu bestellen hatte. Hier entstand nun die Frage, ob der Präses auch in der Wiederklage selbst sprechen konnte? Ulpian entscheidet diese Frage bejahend. Hier ist es nun wohl einleuchtend genug, daß von einer Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einen sonst incompetenten Richter gar nicht die Rede sey. Der Präses war hier in Ansehung der Vor- und Nachklage die competente Obrigkeit, die Frage betraf nur die Form, den ordinem iuris [13]).

Janus a Costa [14]), der übrigens darin einverstanden ist, daß sich aus den angeführten Gesetzstellen kein Beweis für die Verbindlichkeit des Klägers, die Zuständigkeit des angegangenen Richters auch gegen sich in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen, hernehmen lasse, glaubt indessen, den Ursprung dieses Rechts in einer Verordnung des Kaisers Zeno [15]) entdeckt zu haben. Diese Constitu-tion

13) *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretal. Gregorii IX. pag. 383. in fin. et seq.

14) a. a. O. pag. 393.

15) *L. 5. pr. C. de fruct. et litium expens.*

tion ist jedoch verlohren gegangen, und von Cujaz [16]) blos ihrem Inhalte nach aus den Basiliken restituirt worden. Sie gehört also zu den legibus Codicis restitutis, welche nicht glossirt sind. So wie sie Cujaz restituirt hat, lautet sie folgendermassen: Neque tantum actor et reus (in expensas) condemnantur, cum iudex utrique competens est, verum etiam *cum non est iudex actoris competens*, qui tamen *ex reconventione* victus sit, nec eum iudicem recusare possit: sive adeo Praesides, sive dati a Principe arbitri iudices fuerint. Allein aus dieser Constitution ist einmal nicht zu ersehen, daß Kaiser Zeno hierdurch ein neues Recht habe einführen wollen; und zweytens ist noch immer die Frage, ob sie unverfälscht in die Basiliken ist aufgenommen worden. Es ist wenigstens auffallend, daß Justinian dieser Constitution in der Novelle 96 c. 2. nicht gedenkt, wo er doch hauptsächlich von der Reconvention handelt. Ueberdem kann auch schon darum auf diese Constitution keine Rücksicht genommen werden, weil sie keinen Theil des gültigen römischen Rechts ausmacht. Andere geltende Verordnungen des römischen Rechts erfordern bey Wiederklagen ausdrücklich den zuständigen Richter [17]).

Allein wenn auch alle diese Beweiße nichts sind, so glaubt man doch, die Sache sey wenigstens nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian keinem weitern Zweifel unterworfen. Dieser habe das Recht der Reconvention dahin erweitert, daß vermöge derselben der Richter,

16) Observation. Lib. XII. cap. 1.

17) *L. 1. C. rerum amotar.* S. TELLER cit. Diss. §. 2. et 3.

der sonst in Ansehung des Klägers gar keine Jurisdiction hat, ihn nunmehr, als Wiederbeklagten, vor sein Tribunal zu ziehen berechtigt seyn solle. Die Stellen, worauf man sich beruft, sind erstlich eine Verordnung im Codex an den Präfectus Prätorio Demosthenes [18]) welche so lautet: Cum *Papinianus* summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum iudicem de absolutione rei *iudicare* [19]), sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare: huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare: nulla ei opponenda exceptione, *quod non competens iudex agentis esse cognoscatur.* Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem *in eodem negotio* non dedignetur. Allein dieses Gesetz redet nicht von mutuis petitionibus, wie die Worte *in eodem negotio* unwidersprechlich zeigen, welche so viel als in eadem lite [20]) et causa heißen; sondern es ist hier blos von

18) *L. 14. Cod. de sentent. et interlocut. iudic.*

19) So ist statt *iudicatae* nach Maasgebung einer sehr alten Handschrift des Codex zu lesen, wie *Pet.* FABER in Comm. ad L. 17. D. de Reg. iur. und *Ian. a* COSTA ad Decretal. p. 386. bezeugen.

20) Daß das Wort *negotium* sehr oft in der Bedeutung für *lis* in unsern Gesetzen genommen werde, ist schon an einem andern Orte (§. 190. S. 69.) bemerkt worden. Wäre in der *L. 14. Cod. cit.* von einer Wiederklage die Rede, so wäre dies nicht eadem lis et causa, sondern alia ac diversa. *Nam in mutuis actionibus*, wie *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et cele-

von der exceptione compensationis die Rede, welche nach Papinians Lehre, die hier Justinian bestätiget, ausnahmsweise eine Condemnation des Klägers begründen soll; und welche von Justinian dahin erweitert wird, daß der angegangene Richter auch dann den Kläger soll verurtheilen können, wenn gleich dieser Richter in Rücksicht des Klägers sonst nicht zuständig seyn würde. Hierin gieng also Justinian weiter als Papinian. Zwar wich dieser berühmte Jurist schon darin von der Lehre seiner Vorgänger ab, daß er der exceptioni compensationis, wenn sie in einem iudicio bonae fidei bey dem iudex datus war vorgeschützt worden, die Wirkung zuschrieb, nicht nur den Beklagten zu absolviren, sondern auch den Kläger selbst zu verurtheilen, wenn nämlich die Gegenforderung des Beklagten die Forderung des Klägers überstieg, dahingegen in einem solchen Falle andere Rechtsgelehrte eine Gegenklage für nöthig hielten [21]. Allein Papinian setzte doch voraus, daß

celebrior. Legum Codicis ad cit. L. 14. pag. 285. bemerkt, *duae sunt actiones, duae sunt lites, duplex causa.* Man vergleiche auch *Ian. a* COSTA in Comment. ad Decretal. pag. 386. seq. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustiniani pag. 639. und THIBAUT System des Pandektenrechts 1. B. §. 544. Not. 1. pag. 381.

21) Cajus z. B. sagt *L.* 18. §. 4. *D. commodati.* Quod autem *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recto iudicio,* i. e. eodem iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere *iure pensationis.* Sed fieri potest, *ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat,* aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est: *dicimus, necessariam esse contrariam actionem.* Man sehe auch den §. 30. *L. de action.*

daß der zur Klage gegebene Richter von einer auch in Rücksicht des Klägers competenten Obrigkeit bestellet worden sey, sonst konnte sich der Kläger mit der replica iudicis incompetentis schützen. Allein auch diese will Justinian nicht mehr Statt finden lassen, sondern verordnet, daß der Richter mit Verwerfung dieser Einrede den Kläger soll verurtheilen können.

Die andere Stelle ist aus der Novelle 96. Kap. 2. entlehnt, wo es §. 1. nach Hombergk so lautet: *Sancimus igitur, si quis actorem sibi obnoxium habere putet, ut eum non coram alio iudice, sed coram eodem statim ab initio conveniat, atque is ipse in utraque causa iudex sit. Si vero forte iudex ille, apud quem litem instituit, ei displicuerit, hoc quoque ei emendare liceat. Nam cum viginti dierum spatium post libellum missum dederimus, post quod litem contestari oporteat, licebit intra dictas inducias illum quidem recusare, alium vero accipere, apud quem rursus utramque litem similiter disceptare convenit, ut eiusmodi artes inutiles reddantur, et unusquisque suo iure utatur. Quod si tacuerit, et deinde litem apud alium iudicem movere voluerit, necesse habeat finem exspectare litis illi ab eo motae, qui eum ad iudicium traxit: et ubi lis finem accepit, tum is causam suam apud alium iudicem proponat: ut hac ratione artes et mutuas iniurias tollamus.* Daß hier von der Wiederklage [22]) die Rede sey, ist ausser Zweifel. Die Worte: ut

22) *Henr.* AGYLAEUS in libr. sing. ad ea quae in Novellis Iust. ius civ. attingunt. pag. 93. (bey ZEPERNICK in *Delectu scriptor. Novellas Iust. ear. historiam illustrant.*) *Gregor.* HALOANDER in seiner lateinischen Version, und *Franc.* RAGUELLUS in Comm. ad Constitut. et Decis. Iustiniani pag. 639. wollen zwar diese No-

ut is ipse *in utraque causa* iudex sit; ferner apud quem rursus *utramque litem* disceptare convenit, beweisen dieses unwiderleglich. Allein daß die Reconvention auch bey jedem incompetenten Richter solle angebracht werden können, sagt doch Justinian hier gewiß nicht; sondern er will nur, um der Chicane vorzubeugen, daß, wenn der Beklagte glaubt, eine Gegenforderung an den Kläger machen zu können, die eine gegenseitige Klage begründet, so soll es ihm nicht erlaubt seyn, solche während des Processes bey einem andern Richter anzustellen, sondern er soll sie entweder gleich Anfangs und zwar noch vor der Litiscontestation bey dem Richter der Hauptklage als eine Reconvention anbringen, oder er soll warten, bis die Hauptklage geendiget ist. Dieser wahre Sinn ergiebt sich aus der Geschichte von der Veranlassung dieses Gesetzes, welche Justinian in den vorhergehenden Worten erzählt, wo es heißt: *Illud quoque convenientem correctionem accipere oportet. Adiit enim nos quidam docens, se quendam sibi obligatum apud aliquem ex gloriosissimis nostris Magistratibus convenisse, reum deinde, qui et ipse actorem sibi obligatum habebat, ipsum ad alium iudicem traxisse. Et praeter opinionem quid accidit? Quoniam enim uterque actoris locum obti-*

Novelle von einer Recrimination (Anticategoria) oder Gegenanklage verstehen. Allein schon CONTIUS ad h. Nov. hat bemerkt, daß man die Redensart: ἐν αἰτίαις ποιεῖσθαι nicht richtig verstanden habe, als welche hier nicht in crimen vocare heiße, wie man es wörtlich nach dem Lexikon übersetzt habe. Man sehe auch *Petr. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS ad h. Nov. pag. 418. seiner glossirten Ausgabe des Volum. parvi *Lugd.* 1593. 4.

obtinuit, miserandum quid et ridiculum inde evenit. Nam simul ac quis causam suam agere voluit, statim eum reconveniens ad alterum iudicem, quem ipse iudicem acceperat, trahebat: atque ita se invicem circumducentes immortalem litem exercebant.

Nach der Praxis hat nun die Wiederklage eine doppelte Wirkung,

1) sie begründet den Gerichtsstand des sonst gegen den wiederbeklagten Kläger nicht competenten Richters. Diese Wirkung der Erstreckung des Gerichtsstandes wird ihr nach dem Canonischen Rechte beygelegt, wenn sie auch nicht gleich zu Anfang des Processes, jedoch noch vor dem Beschluß der Conventionssache erhoben wird [23]).

2) Sie kann mit der Vorklage selbst zugleich verhandelt werden, nämlich wenn der Beklagte wenigstens mit der Litiscontestation die Wiederklage verbindet, und die Reconventionssache zu der Proceßart, worin der Klagegegenstand anhängt, sich qualificiren läßt [24]).

Nach dieser zweyfachen Wirkung theilt man die Reconvention ein, in die **eigentliche** und **uneigentliche**. Wenn

23) *Cap. 3. in fin. de Rescriptis in 6to.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4217. Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 469. Nach der allg. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 19. Tit. §. 16. wird, wenn die Reconvention die Wirkung der Prorogation haben soll, nothwendig vorausgesetzt, daß die Gegenforderung noch vor, oder spätestens in dem zur Instruirung der Convention bestimmten Termine angemeldet worden.

24) Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses 1. B. Nr. XXV. §. 9. S. 525. HOFACKER T. III. §. 4218.

Wenn sie nämlich nur eine Prorogation wirkt, so heißt sie reconventio impropria, die Nachklage; wo sie aber auch eine gemeinschaftliche Verhandlung mit der Vorklage erzeugt, wird sie reconventio propria, die Wiederklage im eigentlichen Sinn genennt[25]).

Die Wiederklage setzt übrigens, wenn sie Statt haben soll, voraus, daß der Kläger im eigenen Namen geklagt habe[26]). Wer demnach bloß als Vormund für seinen Pupillen, oder als Anwalt für seinen Principal Klage erhebt, kann wegen seiner eigenen Schuld von dem Beklagten nicht wiederbelangt werden[27]).

Es muß auch, wenn eine Wiederklage statt finden soll, die Vorklage in der ersten Instanz noch anhängig seyn[28]). Sie darf daher nicht erst in der Appellations-Instanz angebracht werden[29]), weil theils dem Kläger das Recht der ersten Instanz nicht entzogen werden darf, theils aber auch in der Appellations-Instanz nur darüber zu erkennen ist, was

25) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canonici §. 697. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 640. Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 469. Gönner a. a. O. S. 526. Not. p.

26) CARPZOV P. I. Const. 7. def. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. cura *Gmelin.* T. III. §. 4215.

27) *L. 23. D. de compensat.* VOET in Commentar. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 81. sqq.

28) Danz a. a. O. §. 468. S. 660.

29) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 89. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 696. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 644.

was in der vorigen Instanz verhandelt worden, nämlich ob wohl oder übel gesprochen, und ob daher das Erkenntniß zu bestätigen oder abzuändern sey[30]).

Darauf kommt aber nichts an, ob die Conventions- und Reconventionssache connex sind, oder nicht[31]). Die Praxis des Reichs Kammergerichts sieht zwar auf Connexität[32]). Allein nach der gemeinen Praxis in den reichsständischen Gerichten außerhalb Sachsen findet auch die Wiederklage in nicht connexen Sachen Statt[33]).

§. 205.

Wenn hat die Wiederklage den effectum simultanei processus? Findet sie auch in peinlichen Fällen Statt?

Soll die Reconvention zugleich mit und neben der Hauptsache betrieben werden, so wird hierzu folgendes erfordert. I) Sie muß entweder vor der Einlassung auf die Hauptklage angebracht, oder doch derselben unmittelbar angehängt werden[34]). II) Die Entscheidung derselben muß

30) VOET cit. loc. §. 80. Ein anders ist, wenn die Wiederklage zur Appellationssache gehörig seyn sollte. S. Hofmann T. Reichspraxis 1. Th. §. 945. und §. 1109. HOFACKER T. III. §. 4217.

31) VOET ad Pand. Tit. de iudic. §. 78. HOFACKER Tom. III. §. 4216.

32) TAFINGER Institut. iurisprud. cam. §. 498. Günth. Heinr. v. Berg Grundriß der reichsgerichtl. Verfassung und Praxis §. 211. a. E.

33) Danz Grundsätze des ord. bürg. Processes §. 468. Not. e.

34) *Clem. 2. de Verbor. Signific. Nov. XCVI. c. 2.* BRUNNEMANN de processu civ. Cap. X. nr. 11. BOEHMER doctr. de actio-

muß nicht von der Entscheidung der Hauptklage abhangen[35]). III) Beyde Sachen müssen so geeigenschaftet seyn, daß sie die nämliche Proceßart zulassen[36]). Ist daher die Hauptsache privilegirt, oder von der Art, daß sie keinen Verzug leidet, sondern eilfertig und ganz summarisch betrieben werden muß, z. B. eine Spoliensache, oder eine Sache des jüngsten Besitzes, oder eine Alimentensache, oder betrifft sie die Zurückforderung eines verwahrlich anvertrauten Gutes; so findet keine Reconvention statt[37]). Es sey denn, daß die Reconventionssache eine eben so privilegirte und summarische Sache wäre[38]). IV) Die Wiederklage muß nicht so weit aussehend seyn, daß die gleichzeitige Verhandlung derselben neben der Hauptsache eine unvermeidliche Verwirrung verursachen würde, sonst kann und muß sie vom Richter zur besondern Ausführung verwiesen wer-

actionib. Sect. I. cap. 4. §. 13. CARRACH in Annotat. ad *Boehmerum* pag. 51. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXX. nr. 17.

35) *L. 10. C. de iniur. L. 31. C. de lib. causa.* Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß B. 2. Hptst. 5. §. 4.

36) *Cap. 2. et 4. X. de ordin. cognit.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 698.

37) *Can. 1. Caus. III. qu. 11. Cap. 2. X. de iudic. Cap. 2. X. deposit.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. p. 288.

38) VOET in Comment. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 86. Z. B. die Gegenklage betrifft ebenfalls eine Entsetzung. S. Hofmann T. Reichspraxis 1. Th. §. 1109. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 650.

werden[39]). V) Es müssen nicht etwa Landesgesetze entgegen stehen, welche die gleichzeitige Verhandlung der Widerklage in einem und eben demselben Prozesse mit der Hauptklage nicht gestatten[40]). Uebrigens haben beyde Theile bey der Verhandlung der Con- und Reconventionssache gleiche Rechte[41]). Wenn daher der Kläger seine Klage fallen läßt, so kann die Widerklage dennoch fortgesetzt werden. Es kann auch der Widerbeklagte dem Widerkläger, eben so wie der Beklagte dem Kläger, sowohl verzögerliche als zerstörliche Einreden entgegen stellen[42]).

Ob auch in peinlichen und Strafsachen die Widerklage Statt finde, ist streitig. Einige Rechtsgelehrten verneinen dieses schlechthin[43]). Andere wollen dieselbe nur insoferne zulassen, als der Angeklagte, wegen der ihm zugefügten Schmach, Schäden und Kosten, gegen den

39) VOET cit. loc. §. 88. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 145. S. 154. Estor Anfangsgr. des gem. u. R. Proc. 2. Th. Tit. 292. §. 190.

40) Allg. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten. 1. Th. 19. Tit. §. 9.

41) *Cap.* 2. *X. de mutuis petit.* *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 698. pag. 503. Ob auch der Kläger eine neue Widerklage vorbringen könne, wenn der Beklagte von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, ist eine Frage, die man nur in dem Fall bejahen kann, wenn die reconventio reconventionis aus dem nämlichen Geschäft, welches den Gegenstand der Widerklage ausmacht, entspringt. S. Gönners Handbuch 1. B. Nr. XXV. §. 10. S. 526.

42) Hofmann T. R. Praxis 1. Th. §. 1108.

43) *a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 650. CLEEMANN Diss. de mutuis petitionibus §. XI. u. a. m.

den Ankläger blos auf eine Privatgenugthuung klagt. Sie schränken also die dem Angeklagten in dem bemerkten Falle zuständige Reconvention nur lediglich auf die Civilklage ein[44]). Allein andere behaupten mit mehrerem Grunde, daß es vielmehr der eigenen Willkühr des Angeklagten zu überlassen sey, ob er nur lediglich auf die Ersetzung seiner Schäden und Kosten, und also auf die Erhaltung seiner Privatgenugthuung klagen, oder in seiner Reconvention zugleich auf eine öffentliche und peinliche Bestrafung des Anklägers antragen wolle[45]). Nach den Gesetzen der Pandecten hatte zwar, wenn die Anklage einmal angebracht war, keine Recrimination (anticategoria) Statt[46]). Denn der Angeklagte hatte den Verdacht gegen sich, daß er bloß aus Rache zur Gegenklage geschritten sey[47]). Allein das neuere römische Recht[48]) schränkt dieß bloß auf den Fall ein, wenn das gegenseitige Verbrechen des Anklägers ein gleiches oder noch geringeres ist, als dasjenige, welches den

 Gegen-

44) BLUMBLACHER in Comment. ad Art. 12. C. C. C. n. 8. Hofmann a. a. O. §. 1109. S. 748.

45) *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* Quaest. 106. Obs. 3. Ebenderselbe in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. 12. §. 5. und besonders Joh. Christ. Quistorp Abhandl. von der Reconvention in peinlichen und Strafsachen, in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XV.

46) *L. 5. D. de public. iud. L. 2. D. ad L. Iul. de adulter.*

47) MATTHAEUS de criminibus cap. 10.

48) *L. 19. Cod. Qui accus. non possunt*, verglichen mit *L. 12. Cod. Theod. de accusat. et inscript.* (IX. 1.) *Io. Casp.* HEIMBURG Diss. de anticategoria vulgo recriminatione in processu accusatorio ex Rom. iure spectata. *Ienae* 1737.

Gegenstand der Anklage ausmacht. Es nimmt auch den Fall aus, wenn das Verbrechen von dem Ankläger gegen den Angeklagten selbst, oder gegen dessen Angehörige begangen worden. Im Grunde aber wird außer diesem Falle das Recht der Gegenanklage den peinlich Angeklagten nur insofern abgesprochen, daß die Recrimination so lange liegen bleiben muß, bis die Anklage geendiget ist [49]). Es hat daher an sich um so weniger einigen Zweifel, daß die Wiederklage in peinlichen Fällen Statt finde, je bekannter es ist, daß das peinliche Gericht nach Vorschrift der Gesetze nicht allein wegen der eigentlichen Hauptsache oder der angeschuldigten Missethat selbst, sondern auch wegen aller damit in Verbindung stehender Nebensachen zu erkennen befugt ist, es auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Hauptproceß geführt worden, viel leichter ist, um über die Grösse der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuständigen Genugthuung sowohl, als des erstern peinliche Bestrafung urtheilen zu können, als bey dem ordentlichen Gerichtsstande des Anklägers; so kann dennoch in peinlichen Fällen unter keinen Umständen die Reconvention simultaneo processu und zugleich mit der peinlichen Anklage selbst erörtert werden. Daß unter den bemerkten Umständen die Wiederklage auch gegen einen Denuncianten statt finde, der bewiesener- oder eingestandenermaßen einen unschuldigen Menschen boshafter

49) *L. 19. C. cit.* sagt: Neganda est accusatis, qui non suas suorumque iniurias exequuntur, licentia criminandi in pari vel minori crimine, priusquam se crimine, quo premuntur, exuerint. secundum scita veterum iuris conditorum, ita tamen, ut et ipsi inscriptiones contra eos etiam pendente accusatione deponere possint.

ter Weise in einen schweren Inquisitions-Proceß verwickelt hat, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen [50]). Soll jedoch derjenige Richter, von welchem die Untersuchung wegen des angeschuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, so muß dieselbe wenigstens vor dem Endurtheil in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget werden. Ueberhaupt aber ist in Criminal- und Strafsachen schlechterdings keine andere Art der Reconvention platzgreiflich, als die entweder aus der angestellten Rüge erwächst, oder auch sonst mit derselben in Verbindung stehe.

§. 206.

Heutiger Gebrauch der Lehre von der Prorogation der Gerichtsbarkeit.

Es entsteht nun die Frage: **ob und in wieferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zuläßig sey, oder nicht** [51]). Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschieden.

Q 3

50) MEVIUS P. I. Decis. 41. Eisenhart Rechtshändel 7. Th. Nr. 7.

51) Ausser dem Hrn. Hofr. Schnaubert in den oben angeführten Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. III. haben diese Frage berührt GEBAUER in Commentat. de iurisdictione Cap. II. §. 7. pag. 73. KEMMERICH in Diss. de prorogat. iurisdict. §. XIX. STOCKMANN Diss. de iurisdict. prorogata §. XI. sqq. Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controversum Tom. I. h. t. Quaest. XVI. not. y. pag. 173. und *Christ. Just. Iac.* IENISCH in Diss. Quatenus a prorogata per conventionem iurisdictione recedere liceat. *Goett.* 1797. 8. Cap. 2.

Gegenstand der Anklage ausmacht. Es nimmt auch den Fall aus, wenn das Verbrechen von dem Ankläger gegen den Angeklagten selbst, oder gegen dessen Angehörige begangen worden. Im Grunde aber wird außer diesem Falle das Recht der Gegenanklage den peinlich Angeklagten nur insofern abgesprochen, daß die Recrimination so lange liegen bleiben muß, bis die Anklage geendiget ist [49]). Es hat daher an sich um so weniger einigen Zweifel, daß die Wiederklage in peinlichen Fällen Statt finde, je bekannter es ist, daß das peinliche Gericht nach Vorschrift der Gesetze nicht allein wegen der eigentlichen Hauptsache oder der angeschuldigten Missethat selbst, sondern auch wegen aller damit in Verbindung stehender Nebensachen zu erkennen befugt ist, es auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Hauptproceß geführt worden, viel leichter ist, um über die Grösse der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuständigen Genugthuung sowohl, als des erstern peinliche Bestrafung urtheilen zu können, als bey dem ordentlichen Gerichtsstande des Anklägers; so kann dennoch in peinlichen Fällen unter keinen Umständen die Reconvention simultaneo processu und zugleich mit der peinlichen Anklage selbst erörtert werden. Daß unter den bemerkten Umständen die Wiederklage auch gegen einen Denuncianten statt finde, der bewiesener- oder eingestandenermaßen einen unschuldigen Menschen boshafter

49) *L. 19. C. cit.* sagt: Neganda est accusatis, qui non suas suorumque iniurias exequuntur, licentia criminandi in pari vel minori crimine, priusquam se crimine, quo premuntur, exuerint. secundum scita veterum iuris conditorum, ita tamen, ut et ipsi inscriptiones contra eos etiam pendente accusatione deponere possint.

ter Weise in einen schweren Inquisitions-Proceß verwickelt hat, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen [50]). Soll jedoch derjenige Richter, von welchem die Untersuchung wegen des angeschuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, so muß dieselbe wenigstens vor dem Endurtheil in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget werden. Ueberhaupt aber ist in Criminal- und Strafsachen schlechterdings keine andere Art der Reconvention platzgreiflich, als die entweder aus der angestellten Rüge erwächst, oder auch sonst mit derselben in Verbindung steht.

§. 206.

Heutiger Gebrauch der Lehre von der Prorogation der Gerichtsbarkeit.

Es entsteht nun die Frage: **ob und in wieferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zulässig sey, oder nicht** [51]). Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschie-

 den.

50) MEVIUS P. I. Decis. 41. Eisenhart Rechtshändel 7. Th. Nr. 7.

51) Ausser dem Hrn. Hofr. Schnaubert in den oben angeführten Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. III. haben diese Frage berührt GEBAUER in Commentat. de iurisdictione Cap. II. §. 7. pag. 73. KEMMERICH in Diss. de prorogat. iurisdict. §. XIX. STOCKMANN Diss. de iurisdict. prorogata §. XI. sqq. Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controversum Tom. I. h. t. Quaest. XVI. not. y. pag. 173. und *Christ. Iust. Iac.* IENISCH in Diss. Quatenus a prorogata per conventionem iurisdictione recedere liceat. *Goett.* 1797. 8. Cap. 2.

den. Einige lassen die Prorogation in den Fällen, darinn dieselbe nach dem römischen Rechte Statt findet, auch noch heutiges Tages ohne Einschränkung zu [52]). Andere geben dieses zwar in Ansehung der sogenannten nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation zu, sprechen hingegen der freywilligen Prorogation in Teutschland allen Gebrauch ab, weil die heutige Gerichtsverfassung von der römischen sehr verschieden sey, indem die Prorogation nicht allein zum Abbruch und Verachtung der landesherrlichen Gerechtsame in der Person der vermöge derselben bestellten Richter, sondern auch diesen in Ansehung der Sporteln zu keinem geringen Nachtheile gereiche [53]). Noch andere machen zwischen der Patrimonial- und der Amtsgerichtsbarkeit einen Unterschied, und behaupten, daß nur in Ansehung der letztern, keinesweges aber in Ansehung der erstern eine Prorogation Statt finde [54]).

Hell-

52) STRYK in Usu Mod. Pandectar. h. t. §. 22. sqq. BERLICH P. I. Conclusion. V. nr. 31. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 17. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXIX. med. 5. BEYER ad Pandect. h. t. nr. 42 — 45. Struben Nebenstunden 5. Th. S. 30. u. 31. IENISCH cit. Diss. Cap. II. §. 2. seqq. u. a. m.

53) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Pandectar. de iudic. nr. 7. STRUV in Syntagm. I. C. Exerc. IV. Th. 59. THOMASIUS in Notis ad Pandect. h. t. p. 42. sqq. GEBAUER cit. Commentat. Cap. II. §. 7. *Io. Henr. Christ. de* SELCHOW Elem. iuris german. privati hod. §. 669.

54) *Tob.* PAURMEISTER *a* KOCHSTET Tract. de Iurisdict. Imperii Rom. (*Hannoverae* 1608.) Lib. I. Cap. 25. nr. 43. *Arn.* VINNIUS in Tract. de iurisdictione Cap. X. §. 3. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VI. §. 23. EISENHART Institut. iuris germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 14.

Hellfeld unterscheidet, ob beyde Richter, nämlich der ordentliche, und derjenige, auf welchen die Jurisdiction prorogirt wird, dem nämlichen Landesherrn unterworfen sind, oder nicht. Im letztern Falle sey zwar nach der heutigen Verfassung wegen des den Reichsständen zustehenden iuris de non evocando die Prorogation für zulässig nicht zu halten; im ersten Falle hingegen stehe der heutigen Anwendung des römischen Rechts gar nichts im Wege[55]. Pufendorf[56]) will die Prorogation sogar auf einen Richter ausserhalb Landes zulassen, wenn nur derselbe mit dem competenten Richter im Lande einen gemeinschaftlichen Oberrichter hat. Dies sey der Fall in Teutschland, wo von den landesherrlichen Gerichten an die höchsten Reichsgerichte appellirt werden kann, soferne nicht etwa ein privilegium de non appellando eine Ausnahme macht. Endlich giebt es noch Rechtsgelehrten, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Prorogationen der Gerichtsbarkeit heutiges nur in so weit zugelassen werden können, als sie dem iuri de non evocando nicht zuwider, auch dem Rechte des Gerichtsherrn, oder des ordentlichen Richters unnach-

55) Eben so HERT de superioritate territoriali §. 27. in *Opuscul.* Vol. I. T. II. pag. 258. GRIEBNER de praeiudicio Principum imperii ex abusu iuris Iustinianei Cap. III. §. 7. in *Opuscul.* Tom. I. Sect. V. pag. 179. CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogat. §. 62. sqq.

56) in libr. de iurisdictione german. P. I. Cap. IV. §. 101. *Mihi ita videtur*, sagt er, *ut si competens iudex in territorio et alius incompetens extra territorium communi iudici superiori subiecti sint, hactenus ad cognoscendam caussam et sententiam pronunciandam prorogari iurisdictio non competentis iudicis extra territorium possit.*

theilig sind [57]. Und dieß ist auch unstreitig die richtigste Meinung. Es wird nicht undienlich seyn, etwas weniges aus der Geschichte der teutschen Gerichtsprorogationen vorauszuschicken. Vor der Einführung des römischen Rechts in Teutschland waren die Prorogationen der Gerichtsbarkeit nicht gebräuchlich [58]. Man hatte den Grundsatz, daß man einen jeden vor seinem ordentlichen Richter, und nirgends anderwärts belangen dürfe [59]. Die Capitularien der Carolingischen Kaiser verboten nicht nur den Geistlichen bey Strafe des Kirchenbannes, sich vor einem weltlichen Richter einzulassen, sondern man erlaubte nicht einmal den Layen, sich einer fremden Gerichtsobrigkeit zu unterwerfen [60]. Allein mit der Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland kamen auch die Prorogationen auf. Nun konnte nicht nur durch Reconvention ein sonst incompetenter Gerichtsstand begründet werden. Denn es ward allgemeiner Grundsatz: Wo der Mann Recht fordert, da soll er wieder Recht nehmen [61]. Sondern

57) KEMMERICH Diss. de prorogat. iurisdictionis §. 20. STOCKMANN in der angef. Dissertation §. XI. pag. 39. Schnaubert in der angef. Schrift, und EMMINGHAUS a. a. O.

58) Stockmann in der angef. Dissertation §. IX.

59) HEINECCIUS in Element. iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. II. §. 75. Kopps Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Casselischen Landen 1. Th. 4. Stück §. 318. S. 414.

60) BALUZII Capitular. Reg. Francor. Tom. I. Lib. VII. c. 309. et 469. pag. 1130. c. 155. pag. 1058. c. 210. pag. 1069. et Lib. VI. c. 157. p. 949. c. 332. p. 1097. c. 220. p. 1072.

61) Sachsenspiegel I. Buch. Art. 61. B. III. Art. 79. Weichbild Art. 28. Schwabenspiegel Kap. 87. 127. HEINECCIUS cit. loc. §. 87. pag. 444.

dern auch die freywilligen Prorogationen wurden sehr häufig. Die Stände waren daher bemühet, sich und ihre Unterthanen gegen die daraus entstandenen Evocationen durch kaiserliche Privilegien sicher zu stellen [62]. Die Unterthanen selbst schlossen unter einander Bündnisse gegen diese allzusehr einreissende Unordnung, und die Landesherren kamen ihnen sowohl gegen die evocationes in provincia, als extra provinciam, mit besondern Freyheitsbriefen zu Hülfe [63]. Die Ursachen jener häufigen Prorogationen waren mancherley. Die durch die bürgerlichen Kriege und Befähdungen in Verwirrung gerathene Justizverfassung in Teutschland, und das grosse Ansehen, in welches sich einige Städte, z. B. Lübeck und Magdeburg durch die Billigkeit ihrer Rechte gesetzt hatten, trugen nicht wenig dazu bey [64]. Hierzu kam, daß damals ohne solche besondere Befreyungen sonst jede vom Kaiser angeordneten Gerichte mit den reichsständischen Gerichten eine concurrirende Gerichtsbarkeit behaupteten, auch sonst die Gränzen eines jeden Gerichtsstandes noch nicht so gesichert waren, daß nicht ein Reichsstand, soferne er nicht besondere Privilegien dagegen ausgewirkt, zum öftern hätte geschehen lassen müssen, daß seine Unterthanen an andere fremde Gerichte gezogen werden konnten.

62) Beyspiele führt Kemmerich in Differtat. de iure de non evocando §. XII. an. Siehe auch PFEFFINGER ad Vitriarium Tom. III. pag. 1160. sqq.

63) Kopp a. a. O. §. 320. ff. S. 415. u. folgg.

64) CONRING de origine Iur. Germanici Cap. XXVIII. pag. 170. KEMMERICH Diss. de prorogatione iurisdictionis §. XVIII. not. e.

ten [65]). Merkwürdig sind die der freyen Reichsstadt Frankfurt von den Kaisern desfalls ertheilte Privilegien, vermöge deren Frankfurter Bürger überall vor keinem andern Gerichte, als dem Schultheissen zu Frankfurt, nur den einzigen Fall des versagten Rechts ausgenommen, belanget werden sollen [66]). So wie jedoch in der Folge die Landeshoheit der Reichsstände immer fester gegründet wurde, so sind nun auch insonderheit die Gränzen der reichsständischen Gerichtsbarkeit richtiger bestimmt, und genauer beobachtet worden. Nun ist allen und jeden Reichsständen durch allgemeine Reichsgesetze und Herkommen ihre privative Gerichtsbarkeit dergestalt gesichert worden, daß heutiges Tages ein jeder Reichsstand ein solches ius de non evocando überhaupt und vermöge seiner Landeshoheit behaupten kann, welches ehedem durch eigene Privilegien ausgewirkt werden mußte [67]). Nach dieser heutigen Verfassung unsers

65) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 3. Th. Resp. CCCV. nr. 9.

66) Man sehe die gedruckten Privilegien der R. Stadt Frankfurt S. 9. 32. 35. 38. 172. u. 298. Hierher gehört vorzüglich das angeführte Pütterische Responsum, die Anwendung des *privilegii de non evocando* gegen ein auswärtiges *forum gestae administrationis* betreffend, a. a. O. S. 770.

67) S. Landfriede vom Jahr 1466. §. 13. u. 14. in der neuern Sammlung der Reichsabschiede 1. Th. S. 202. die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495. §. 16. und besonders die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. 2. Th. Tit. 1. zu Anfang: wo es heißt: Erstlich ordnen und setzen Wir, daß alle des heiligen Reichs Verwandte und Unterthanen bey ihren ordentlichen

ses teutschen Staats, vermöge welcher jedem Reichsstande die privative Gerichtsbarkeit über seine Unterthanen in seinem Lande dergestalt zusteht, daß ordentlicher Weise eine, dieselben betreffende Sache, an kein anderes Gericht, mit Vorbeygehung der Landesgerichte, gebracht werden darf, kann demnach eine so willkührliche Prorogation, als das römische Recht erlaubt, um so weniger mehr gestattet werden, da die teutschen Reichsgesetze nicht nur überhaupt die Evocation landesherrlicher Unterthanen vor fremde Gerichte ausdrücklich verbieten [68]), sondern auch nicht einmal von dem kaiserlichen Reichskammergericht in erster Instanz auf Jemands Klage oder Ansuchen eine Ladung gegen diejenigen, die der kaiserlichen Majestät und dem Reiche nicht unmittelbar unterworfen sind, und auch sonst ihren ordentlichen Richter haben, zulassen wollen, vielmehr dieselbe mit allem, was darauf gefolgt ist, für nichtig, und unverbindlich erklären [69]). Hieraus folgt nun aber auch von selbst, daß nicht alle Prorogation heutiges Tages gänzlich verworfen werden kann, in soferne nämlich dieselbe unserer Staatsverfassung nicht zuwiederläuft. Dieses vorausgesetzt, so läßt

lichen inländischen Rechten und Gerichten (ausserhalb den Fällen, die nach Laut dieser Ordnung an das Kammergericht ohne Mittel gehören) gelassen werden sollen.

68) Jüngster Reichsabschied §. 164. in den Worten: auch insgemein die Evocationen vor fremde Gerichte rc.

69) Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. 2. Th. Tit. 1. im letzten §. und Tit. 5. §. 2. Concept der Kammergerichtsordnung. 2. Th. Tit. 5. §. 1. Conf. SENCKENBERG Disquisit. de exceptione iuris germanici, qua evocationes illicitae dicuntur. *Francof. ad Moen.* 1733.

läßt sich nun die Lehre des heutigen Rechts von der Prorogation der Gerichtsbarkeit auf folgende Grundsätze reduciren.

I) Wenn reichsunmittelbare Partheyen, welche das Recht der Austräge haben, mit Uebergehung derselben, sich sogleich vor den höchsten Reichsgerichten einlassen wollen, so ist zwar dagegen nichts einzuwenden [70]), allein wenn Jemand, der seinen Gerichtsstand vor einem höchsten Reichsgerichte hat, sich vor einem Untergerichte einlassen will, so wird diese Prorogation, da sie zum Präjudiz des kaiserlichen Ansehens, und seiner höchsten Gerichtsbarkeit gereicht, für unerlaubt gehalten [71]).

II) Wenn in Ansehung mittelbarer oder landesherrlicher Unterthanen die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Lande geschiehet, so findet dieselbe zwar in so ferne statt, als sich der Beklagte oder Wiederbeklagte unter dem Gerichtszwange des fremden Richters betreten läßt, oder wenigstens ein obiectum executionis daselbst angegeben werden kann, weil hierdurch dem iuri de non evocando nicht zuwider gehandelt wird [72]); und in dieser Rücksicht kann die in den Schuldverschreibungen zuweilen ent-

70) Malblanks Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. §. 24.

71) *Christph.* KALT Disquis. an et quatenus subditi Rom. Imp. immediati foro ordinario sui magistratus ac iudicis renunciare, et se immediate Camerae Imperialis vel alterius iudicis iurisdictioni pacto submittere possint? in des Freyh. von Senkenbergs *Meditat. Fascic. I.* pag. 166. sqq. und Joh. Jac. Moser von der T. Justizverfassung 1. Th. 11. Kap. §. 5. u. 6.

72) Kemmerich in der oft angeführten Dissertation §. 20.

enthaltene Clausel: Ich gebe meinem Gläubiger hiermit freye Macht und Gewalt, mich aller Orten, wo er mich zuerst antreffen möchte, zu belangen, immaßen ich mich dieser Post halber eines jeden Jurisdiction wolle unterwürfig gemacht haben, nicht für überflüßig gehalten werden [73]). Ausser jenen Fällen aber ist die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Territorium ohne Einwilligung des Landesherrn für zuläßig nicht zu halten, wenn gleich von einer sogenannten nothwendigen oder gesezlichen Prorogation, die durch eine Reconvention geschiehet, die Rede seyn sollte. Denn daß der Kläger denjenigen Richter gegen sich erkennen müsse, den er für sich anerkannt hat, ist eine römische Verordnung. Diese konnte im römischen Reiche, wo die Majestät sich ungetheilt in einem Oberhaupte koncentrirte, und alle Richter ihre Gerichtsbarkeit aus einer Quelle herleiteten, wo kein Richter ein eigenes von allen andern Gerichten unabhängiges ius de non evocando hatte, wohl angehen; kann aber wegen der ganz anders beschaffenen Staatsverfassung in Teutschland nicht angewendet werden, falls die Prorogation ausser einem Lande gehen soll [74]). Da dem Landesherrn das ius de non evocando, wie oben angeführt worden, auch in Beziehung auf die Reichsgerichte zusteht; so hat die prorogatio necessaria auf dieselben um so weniger statt, je bekannter es ist, daß die Reconvention überhaupt nicht anders, als in der ersten Instanz angebracht werden kann [75]).

III) Ge-

73) STOCKMANN in Differt. cit. §. XI. in fin. und CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogata §. 63.

74) Schnaubert in den Beyträgen 2. Th. S. 150. folgg.

75) MEVIUS Part. VII. Decis. 98.

III) Gerichtspflichtige, welche unter einem solchen Richter stehen, der eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat, können die Jurisdiction nicht auf einen andern Richter prorogiren; es sey denn, daß ihr Gerichtsherr mehrere Gerichtshalter hätte; in welchem Falle ihnen allerdings erlaubt wäre, dieselbe auf einen andern Gerichtshalter des nämlichen Gerichtsherrn zu erstrecken. Der Grund hiervon ist: Wer die Patrimonialgerichtsbarkeit hat, hat das Recht in allen, seine Hintersassen betreffenden, Sachen Recht zu sprechen, und da dieses eine ihm erworbene Gerechtsame, ein ihm eigenthümlich zuständiges Recht ist, so kann ihm auch dasselbe von solchen Gerichtspflichtigen und Hintersassen nicht eingeschränkt und beeinträchtiget, folglich auch von diesen die Jurisdiction in keinem Falle auf einen andern Richter willkührlich prorogirt werden[76]). Die Gerichtsherrschaft ist daher in solchem Falle allerdings befugt, die prorogirenden Partheyen von dem Richter, dem sie sich ohne derselben Einwilligung unterworfen haben, abzufordern, und selbige durch Strafbefehle zur Ordnung anzuhalten[77]). Leyser[78]) meint zwar, der Unterschied zwischen den römischen Magistratspersonen und den teutschen Erbgerichtsherren

76) Schnaubert a. a. O. S. 155.

77) WERNHER in Observat. forens. T. I. P. I. Obs. 329. in Supplem. pag. 340.

78) in Meditat, ad Pandect. Vol. I. Specim. XXIX. med. 5. Ihm ist zwar *I. E. I.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 127. beygetreten, allein ohne hinreichenden Grund. Unter den neuern Rechtsgelehrten sind auch dieser Meinung HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4212. und Grolmann in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. S. 62.

herren sey eben so groß nicht, daß dadurch die Anwendung des römischen Rechts in Ansehung der freywilligen Prorogation unzulässig werde, indem die Erbgerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeit, und von der römischen nur darin unterschieden sey, daß sie erblich ist, und in eigenem Namen ausgeübt werde. Allein diese Meinung verdient keinen Beyfall, und ist vom Hrn. Hofr. Schnaubert[79]) gründlich widerlegt worden. Eben das, daß die Erbgerichtsbarkeit in eigenem Namen, als eine dem Erbgerichtsherrn eigenthümlich zuständige und erworbene Gerechtsame ausgeübt wird, macht einen solchen Unterschied zwischen der römischen Amtsjurisdiction und der teutschen Erbgerichtsbarkeit, daß die im römischen Rechte zulässige Prorogation, in soferne sie zu Beeinträchtigung des Gerichtsherrn geschiehet, nicht Statt finden kann. Denn die Obliegenheit, sich dem gutsherrlichen Gerichtszwange zu unterwerfen, ist hier nichts weniger, als ein bloßes Recht der Partheyen, dem dieselben nach ihrer Willkühr entsagen dürften. Kein Wunder, wenn daher die entgegengesetzte Meinung von jeher mehr Vertheidiger unter den Rechtsgelehrten gefunden hat[80]).

IV) Wenn

79) in den angeführten Beyträgen 2. Th. Nr. 3. §. 3. S. 155. u. folgg.

80) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 17. pag. 682. edit. *Winckler*. nennt diese Meinung, welche gegen die Prorogation der Patrimonialgerichtsbarkeit streitet, die gemeine Meinung. Als Vertheidiger derselben sind noch zu bemerken: LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 35. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 15. ibique allegati DDres, BACH in Opusc. iurid. pag. 428. sqq. STOCKMANN in Diss.

IV) Wenn hingegen der ordentliche Richter nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit hat, und eine Parthey, die unter ihm stehet, sich freywillig der Gerichtsbarkeit eines andern Richters in dem nämlichen Lande unterwerfen will, so ist nun zwar hier der Fall, in welchem das römische Recht die Prorogation erlaubt. Da jedoch unsere teutschen Landesherren ihren Justizbeamten zuweilen die Gerichtssporteln statt des Salariums anweisen, so kommt in solchem Falle das Interesse des ordentlichen Richters in nicht geringe Betrachtung. Da nun keine Entsagung gilt, welche dem Rechte eines Dritten nachtheilig ist[81]), so könnte es scheinen, daß der ordentliche Richter unter diesen Umständen, der Prorogation zu widersprechen, eine gegründete Ursache habe[82]). Allein dagegen ist zu erwägen, daß doch die Sporteln dem Richter nur für seine Mühe angewiesen sind, sie müssen also wegfallen, wo der Richter keine Mühe und Arbeit gehabt hat. Ueberdem hätten ja auch die Partheyen einen Schiedsrichter wählen können, warum sollten sie sich also nicht freywillig einem sonst incompetenten Richter unterwerfen dürfen? Ueberhaupt aber ist die Gerichtsbarkeit nicht um der Sporteln willen, sondern zur Justizpflege angeordnet[83]).

§. 207.

Diss. de iurisdictione prorogata §. XIII. KIND in Quaest. for. Tom. I. cap. 46. pag. 192. und EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XVI. not. y. Tom. I. p. 173.

81) *Renunciatio invalida est, quae vergit in praeiudicium tertii.* Suo enim tantum iuri, non etiam alieno, derogare quis potest, *L. penult. Cod. de pactis.* NETTELBLADT Systema elem. iurisprud. positivae Germanor. comm. general. §. 457.

82) EMMINGHAUS a. a. O. Tom. I. pag. 173. in fin.

83) HÖFACKER c. l. not. c. pag. 644. und IENISCH cit. Diss. Cap. II. §. 3.

§. 207.

In welchen Fällen ist die Prorogation erlaubt? Können diejenigen, welche einen privilegirten Gerichtsstand haben, die Gerichtsbarkeit auf einen andern Richter erstrecken? Was hat die Prorogation für Wirkung?

Ob nun in **einzelnen Fällen** die Prorogation erlaubt sey? muß

I) aus der **Qualität des Richters**, auf welchen die Jurisdiction erstreckt werden soll, beurtheilt werden. Dieser muß nicht nur überhaupt eine Jurisdiction[84]), sondern auch diejenige Art von Gerichtsbarkeit haben, vor welche die zu entscheidende Rechtssache, in der die Jurisdiction prorogirt werden soll, gehört[85]). Dieß gilt nicht nur von der freywilligen, sondern auch von der sogenannten nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation[86]). Hieraus

84) *L. 1. D. de iudiciis.* Der blose Vertrag der Partheyen kann Niemandem eine Jurisdiction geben, der solche nicht schon vom Staat erhalten hat. Die Partheyen können zwar eine Privatperson zum Schiedsrichter in ihrer Sache annehmen, allein dieser erhält dadurch eben so wenig eine Gerichtsbarkeit, als desselben Ausspruch die Rechtskraft. *L. 3. C. de iurisdictione omn. iudic.* sagt: Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio; nec, quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem.

85) BACH in Opusc. pag. 421. STOCKMANN in Diss. saep. alleg. §. 6. KEMMERICH Exerc. cit. §. XV.

86) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. Cap. IV. §. 2. HEDDERICH Elem. iuris canon. P. II. §. 149. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 695. — *Unde de causa ecclesiastica in foro seculari vel de causa feudali in foro allodiali non datur reconventio.*

aus folgt, daß wenn gewisse Sachen durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließlich und dergestalt gewiesen sind, daß kein anderer Richter in dergleichen Sachen zu erkennen befugt ist, wohin z. B. geistliche Sachen, Lehnssachen u. dergl. gehören; die Gerichtsbarkeit eines jeden andern Richters auf dergleichen Sachen nicht erstreckt werden kann. Es findet hier nicht einmal ein Zusammenhang der Sachen statt [87]; wenn gleich unser Verfasser das Gegentheil behaupten will. Nur in dem Falle, wenn über den bloßen Besitzstand gestritten wird, kann zwar auch der gemeine Richter in einer sonst privilegirten Sache erkennen [88]; allein da solche richterliche Verfügungen in possessorio nur lediglich die Verhütung besorglicher Thätligkeiten zwischen den Parthenen zur Absicht haben, die streitige Sache selbst aber dadurch nie entschieden wird, so gehört diese Ausnahme eigentlich nicht hierher [89]). Dahingegen ist es eben so unstreitig, daß die Gerichtsbarkeit eines solchen Richters, welcher, vermöge eines Privilegiums, nur über eine bestimmte Classe von Personen oder Sachen Richter ist, wohin z. B. die geistliche, die militärische,

87) Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 33. S. 83. Hofmann T. Reichspraxis 2. Th. §. 1303. S. 111. HELLFELD Diss. de genuino fundamento iurisdict. feudalis eiusq. limitibus §. 40. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. Obs. 809.

88) *I. H.* BOEHMER in Iure parochiali Sect. III. cap. I. §. 57. (nicht §. 42. wie unser Verf. not. e. allegirt). *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 241. in fine. Man vergleiche jedoch, was hiervon oben S. 159. vorgekommen ist.

89) HELLFELD in Diss. alleg. de genuino fundamento iurisdictionis feudalis §. XXXIV.

sche, die academische, die Lehnsgerichtsbarkeit u. a. m. gehören, auf andere, welche nicht zu dieser Classe von Personen gehören, oder auf solche Sachen, welche außer dem Ressort dieses Richters liegen, keinesweges erstreckt werden kann[90]), wenn auch nur von Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit die Rede seyn sollte[91]). Dieß ist es, wenn die Rechtsgelehrten sagen, es finde keine Prorogation *de re ad rem* oder *de causa ad causam* statt. Bey den Römern theilte man alle gerichtliche Rechtssachen nur in zwey Hauptclassen ein, nämlich in Civil- und Criminalsachen. Es kam also bey der Prorogation in Civilsachen immer nur darauf an, ob der Richter, auf welchen die Jurisdiction prorogirt werden sollte, in dieser Art von Sachen überhaupt zu erkennen befugt war[92]). So wie demnach keine Prorogation in einer bloßen Privatgeldsache auf einen Latrunculator zuläßig war[93]), weil dessen Departement sich bloß auf Entdeckung, Verfolgung und Bestrafung der Räuber

 und

90) *L. 2. Cod. si a non compet. iudice iudicat. esse dic.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de recursu inordinato ad curias feudales in causis non feudalibus. *Altorf.* 1722. *Io. Wilh.* VOLCKAMER Specim. de illicita extensione iurisdictionis feudalis in vasallos eorumque subvasallos in causis non feudalibus. *Altorf.* 1789.

91) Man vergleiche hier das rechtl. Gutachten des Schöppenstuhls zu Jena, welches Hr. Regierungsrath Eichmann dem 4. Theile seiner Erklärungen des bürgerl. Rechts S. 433. folgg. im Auszuge beygefügt hat.

92) STOCKMANN a. a. O pag. 29.

93) *L. 61. §. 1. D. de iudiciis.* Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

und Mörder einschränkte[94]); so konnte im Gegentheil die Gerichtsbarkeit eines Richters, der nur über geringere Summen sprechen konnte, gültig auf grössere prorogirt werden[95]). Julian[96]) sagt dieses mit deutlichen Worten: Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat. Mit ihm stimmt auch Paulus[97]) überein, wenn er *lib. I. ad Edictum* schreibt: Inter convenientes, et de re maiori, apud Magistratus municipales agetur. Aus eben dem Grunde konnte auch ein Procurator Caesaris, der sonst nur in Finanzsachen Recht sprach[98]), Rechtshändel der Privatpersonen entscheiden, wenn sie durch Prorogation der Partheyen an ihn

94) *Latrunculatores*, welche Justinian *Nov.* 8. und 29. ληςοδιώκτας καὶ βιοκωλυτας nennt, waren diejenigen, qui stationibus praeerant militum per provincias dispositis ad investigandos et persequendos latrones, wie sie CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XIX. cap. 11. ganz richtig erklärt. Man vergleiche noch Ebendenselben in Exposit. Novellar. ad Nov. 8. circ. fin. CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. III. cap. XVII. num. 9. VINNIUS de iurisdictione Lib. II. c. 2. und BRISSONIUS de Verborum Signif. voc. *Latrunculator*.

95) S. *O. A. H.* OELRICHS Specim. acad. ad L. 11. pr. et §. 1. D. de iurisdict. *Goettingae* 1787.

96) *L. 74. §. 1. D. de iudiciis.*

97) *L. 28. D. ad municipal.*

98) *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib. III. cap. 33. CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. p. 413. sqq. und *Gottfr.* MASCOV de procuratore Caesaris §. XVIII.

ihn gebracht wurden[99]). Genug, daß seine Jurisdiction überhaupt eine Civiljurisdiction war[100]). Hieraus läßt sich jedoch nicht folgern, wie viele irrig gemeint haben[1]), daß alle prorogatio *de causa ad causam* für schlechterdings zuläßig zu halten sey[2]), indem hieraus die größte Verwirrung der Gerichtsbarkeiten erwachsen würde.

99) *L. 1. Cod. de iurisdict. omn. iudic.* Non quidem fuit competens iudex Procurator noster in lite privatorum: sed, cum ipsi eum iudicem elegeritis, et is consentientibus adversariis sententiam tulerit, intelligitis, vos acquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae: cum et Procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas: et vos, incongruum eum esse vobis iudicem scientes, tamen audientiam eius elegistis. Siehe *Matth.* WESENBEC Commentar. ac Praelect. ad tertium libr. Cod. h. t. pag. 507. sq.

100) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Principiis iuris sec. ord. Digestorum Lib. I. Tit. XIX. §. 2. in Desselben *Operib. iurid.* a IUNGIO editis T. II. pag. 54.

1) Z. B. VINNIUS in select. iuris quaestionib. Lib. I. c. 4. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. Th. 59. GEBAUER in Comm. acad. de iurisdictione Cap. I. §. 16. pag. 52. Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. XIV. und EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* ius civ. controv. Quaest. XV. not. u. T. I. pag. 172.

2) Mit mir sind einverstanden COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. XV. HUBER in Praelect. Iur. Rom. h. t. §. 11. KEMMERICH in Exercit. saep. laud. §. XVI. pag. 26. CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogata §. 35. et 36. (Tom. II. *Opusculor.*) und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. civ. h. t. §. 53. et 54. Alle diese stimmen darin überein, daß keine prorogatio *in causis diversi generis* Statt finde.

II) Muß auf die Art und Weise gesehen werden, wie die Prorogation geschieht. Denn so kann

a) durch keinen Vertrag der Partheyen die Gerichtsbarkeit dergestalt prorogirt werden, daß der Richter dieselbe auch ausser dem ihm angewiesenen Gerichtsdistrict auszuüben sich anmaßen dürfte [3]). Denn ausser dem Cirkel seiner Gerichtsbarkeit ist der Richter nichts mehr als eine Privatperson, (§. 189. n. IV. S. 48.) und die Partheyen können ihm durch ihren Vertrag keine Jurisdiction ertheilen, wo er keine hat. Ja es kann nicht einmal innerhalb des Gerichtsbezirks die Jurisdiction des Richters nach der Willkühr der Partheyen *de loco ad locum* prorogirt werden. Denn Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit z. B. müssen der Regel nach an der ordentlichen Gerichtsstelle vorgenommen werden [4]). Auch die Ertheilung der bonorum possessio decretalis soll nach der Vorschrift der Gesetze nirgends anderswo, als pro Tribunali, geschehen [5]).

b) Man

3) VINNIUS in select. iuris quaestionib. Lib. I. cap. 4. handelt hiervon ausführlich. Ihm stimmt auch VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 33. mit Anführung neuer Gründe bey. Dessen ungeachtet ist Hr. Prof. EMMINGHAUS a. a. O. der entgegengesetzten Meinung. Allein die von ihm angeführten Gesetzstellen (L. 1. D. Si quis in ius vocat. L. 7. D. qui satisd. cog. L. 29. C. de pact.) gehören nicht hierher, denn sie handeln nur überhaupt von der Entsagung des Gerichtsstandes. Man sehe auch Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. a. E.

4) Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrheit §. 38. S. 25. folg. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 48.

5) *L. 2. D. Quis ordo in bonor. possess. servet.* KOCH de Success. ab intestato §. 128.

b) Man kann ferner die Jurisdiction des Richters nicht zu einer Zeit prorogiren, wo er dieselbe nicht mehr hat, sondern sein obrigkeitliches Amt schon geendiget ist. Denn eine Obrigkeit ist nach niedergelegtem Amte nur wie eine Privatperson anzusehen[6]). Die Rechtsgelehrten nennen diese Prorogation *de tempore ad tempus.* Ulpian[7]) sagt zwar: possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere iudex datus, prorogari, si litigatores consentiant. Allein hier ist von keiner Prorogation der Gerichtsbarkeit die Rede, sondern die Frage war, ob nicht die Zeit, binnen welcher der den Partheyen auf ihr Verlangen vom Oberherrn bestellte Richter (iudex delegatus) den Rechtsstreit unter ihnen ausmachen sollte, mit derselben Einwilligung verlängert werden dürfe? Ulpian findet kein Bedenken, die Frage bejahend zu entscheiden, in soferne nicht etwa die weitere Hinaussetzung der vorgeschriebenen Frist in dem fürstlichen Auftragsschreiben (*Principali iussione*) ausdrücklich verboten worden wäre[8]). Bey der Prorogation der Gerichtsbarkeit kommt es ferner

III) auf die Qualität der Sachen an. Diese müssen von der Art seyn, daß eine Prorogation Statt finden kann. Ist demnach von einer freywilligen Prorogation die Rede, so muß der Gegenstand derselben so beschaffen seyn, daß es Privatpersonen nicht durch positive Gesetze untersagt ist, sich über eine beliebige Entscheidung

6) *L. 13. D. de iurisdict.* Conf. VINNIUS a. a. O. pag. 27. VOET cit. loc. §. 34.

7) *L. 2. §. 2. D. de iudiciis.*

8) HUBER in Praelection. iuris Rom. h. t. §. 10. pag. 81. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 12.

dung derselben unter sich zu vergleichen[9]). Die oben mehrmals angeführte Lex Iulia iudiciaria schränkt die Freyheit zu prorogiren bloß auf Privatsachen der Partheyen, d. i. welche nur lediglich ihr eigenes Interesse betreffen, ein, und schließt daher Criminalsachen, bey denen es auf eine öffentliche Strafe ankommt, stillschweigend aus[10]). Aus diesen Gründen behaupten auch die heutigen Rechtsgelehrten, daß in peinlichen Sachen die freywillige Prorogation wegfalle[11]), und billig ist dieses auf alle diejenigen Sachen auszudehnen, bey denen wegen des zum Grunde liegenden Staatsinteresse die Competenz des ordentlichen Richters erfordert wird, wenn auch nur von Handlungen der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit die Rede seyn solle (§. 193 S. 87.). Daß ausserdem Sachen, die ihren befreyten Gerichtsstand haben, nicht nach der Willkühr der Partheyen prorogirt werden können, hat seinen Grund in dem Mangel der erforderlichen Gerichtsbarkeit, wie schon oben bey Nr. I. erinnert worden ist[12]). In Ansehung der sogenannten nothwendigen Prorogation wird ebenfalls erfordert, daß die besondere Eigenschaft der Sache, oder ein besonderes gesetzliches Verbot ihr nicht entgegen stehe. Daher wird z. B. die Recon-

ven-

9) STOCKMANN in Diss. saep. cit. §. 5. — *De caussis iis omnibus, de quibus transactio licet, recte prorogari posse statuimus.*

10) S. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. c. 12. et 15. BACH in Opusc. pag. 408.

11) VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 37. KEMMERICH in Exercit. saep. cit. §. XVI. pag. 26. STOCKMANN a. a. O. pag. 26.

12) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. obs. 802.

vention in Mandatssachen ohne Clausel[13]), desgleichen in geistlichen und Lehensachen, wenn die Hauptklage eine bloße weltliche oder Allodialsache zum Gegenstande hat, für unzuläßig gehalten[14]). Anton Faber[15]) hat zwar auch weitläuftig zu beweisen gesucht, daß bey Realklagen ihrer Natur nach keine Reconvention Statt finde; allein seine Gründe laufen am Ende auf lauter Subtilitäten hinaus, und fallen, bey genauerer Erwägung, dahin, wie schon längst Hilliger[16]) gründlich gezeigt hat. Endlich

IV) ist auch auf die Qualität der Personen Rücksicht zu nehmen, welche die Jurisdiction prorogiren. Und hier kommt es auf zwey Fragen an:

a) ob Personen, welche einen befreyeten Gerichtsstand haben, sich, mit Begebung desselben, der Gerichtsbarkeit eines andern Richters unterwerfen können? In Ansehung dieser Frage muß ein Unterschied gemacht werden, ob von einer nothwendigen oder freywilligen Prorogation die Rede ist. Im ersten Falle ist die Zuläßigkeit der Prorogation keinem gegründeten Zweifel unterworfen, weil hier nicht die Parthey, sondern das Gesetz selbst

R 5

13) I. H. BOEHMER in Consult. T. III. P. III. Conf. DLXXI. n. 2.

14) OBERHAUSER in Praelect. canon. Lib. II. Tit. IV. §. 6. p. 39. HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. c. Hofmanns T. Reichspraxis 1. Th. §. 1109.

15) in Coniectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 8. pag. 764. sqq.

16) in DONELLO enucleato Lib. XVII. cap. 18. lit. O. Mit diesem ist jedoch zu verbinden *Sam.* STRYK in Disp. ad L. *cum Papinianus* XIV. C. de sentent. et interlocut. omn. iudic. *Frfti ad Viadr.* 1673. Cap. II. §. 5. S. auch *a* RIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 650.

selbst die Jurisdiction des Richters prorogirt, und ein auch sogar hier eintretendes privilegium fori nicht bewiesen werden kann [17]). Hieraus folgt, daß Geistliche, wenn sie vor einem weltlichen Richter Klage erheben, die Jurisdiction eben dieses Richters auch in der Wiederklage, sofern nämlich dieselbe blos eine Civilsache zum Gegenstande hat, anerkennen müssen [18]). Eben dieses ist in Ansehung academischer [19]) und militairischer Personen zu behaupten, weil

17) Schnauberts Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. IV. §. 1. S. 163.

18) Verschiedene Rechtsgelehrten haben zwar das Gegentheil zu behaupten gesucht. Z. B. *Ant.* FABER in Coniectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 7. pag. 764. *Rob.* KOENIG in Princip. iur. canon. Lib. II. T. IV. nr. 8. *Placid.* BOECKN in Comment. in Ius canon. Lib. II. Tit. IV. PIRHING in Iur. canon. eod. lib. et tit. nr. 9. und Estor in den Anfangsgründen des gem. und Reichsprocesses 1. Th. §. 2293. Allein BELLET in Disquisit. cleric. P. I. Tit. de favore clericorum, *Io. Pet.* SCHILTENPERGER in Quaestion. select. ex universo iure desumt. (*Ingolstad.* 1718.) Quaest. XI. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG Disput. de Iudiciis (*Ingolst.* 1710.) Assert. LIII. *Lud.* ENGEL in Collegio universi iuris canon. Lib. II. Tit. IV. nr. 6. und besonders *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 645 — 650. pag. 325. haben diese Meinung weitläuftig widerlegt. Mit mir stimmen noch überein *I. H.* BOEHMER in Iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 57. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 696. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. d. *Maur.* SCHENKL in Syntagm. iur. eccles. §. 442. p. 299. und Danz in den Grundsätzen des bürgerl. Processes §. 35. S. 92.

19) Es fehlt zwar auch hier nicht an Rechtsgelehrten, die anderer Meinung sind. Z. B. RICHTER in Commentat. ad Auth. Habi-

weil keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes gegen diese nothwendige Erstreckung der Gerichtsbarkeit schützt [20]). Im andern Falle, wenn von der freywilligen Prorogation die Rede ist, ist die Frage: ob derjenige, welcher einen privilegirten Gerichtsstand hat, die Jurisdiction auf einen andern Richter erstrecken könne? mehrerem Zweifel unterworfen. Hr. Geh. Kriegsrath von Steck [21]) behauptet, es finde in keinem Falle die Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes statt, weil dergleichen besonderer Gerichtsstand ein Vorrecht ganzer Gemeinheiten, Gesellschaften, Stände und Gattungen der Menschen ist, mithin es nicht von der Willkühr einzelner Mitglieder der Gemeinheit abhange, sich einem andern incompetenten Richter zu unterwerfen. Allein nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts würde vielmehr, dünkt mich, der Unterschied gemacht werden müssen, ob der befreyete Gerichtsstand bloß als ein Privilegium für den Prorogirenden eingeführt, oder ob dieser Gerichtsstand auch zugleich als eine besondere Gerechtsame des Richters anzusehen,

Habita. Cod. ne filius pro patre. P. III. Membr. 3. BECHMANN Diss. de privilegiis studios. cap. X. nr. 19. *Iul.* PACIUS in lib. sing. ad dict. Auth. cap. IX. nr. 15. und Estor in den Anfangsgr. a. a. O. S. 861. Allein unserer Meinung sind SCHILTENPERGER in den angef. Quaestion. select. univ. iuris. Quaest. XII. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CXXIII. medit. 7. und WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 3. pag. 751.

20) CLEEMANN in Disp. de mutuis petitionibus §. VIII.

21) in den Ausführungen politischer und rechtlicher Materien. (Berlin 1776. 8.) Nr. XVI. Von Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes.

sehen, oder doch die Entsagung dieses Gerichtsstandes den Gerichtspflichtigen ausdrücklich verboten sey; und nur in den beyden letztern Fällen könnte, nach meiner Meinung, die Prorogation für unzuläßig gehalten werden, in dem erstern Falle aber nicht [22]). Dieses beruhet theils auf den schon anderwärts vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen von der Begebung zuständiger Privilegien [23]), theils auf der Frage, ob gegen verbietende Vorschriften der Gesetze eine Entsagung statt finde [24])? So entschieden jedoch dieses an sich ist, mit so vielen Schwierigkeiten ist dennoch die Anwendung dieser Grundsätze in vorkommenden einzelnen Fällen oft verbunden. Ein wichtiges Beyspiel giebt die sehr controverse Rechtsfrage: **Ob ein Geistlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer Civilrechtssache freywillig prorogiren könne?** welche von Hellfeld und von vielen andern Rechtsgelehrten bejahet [25]), aber auch von eben so vielen ver-

22) Schnaubert in den angef. Beyträgen 2. Th. Nr. III. §. 3. lit. B. S. 154.

23) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 99. S. 565.

24) S. dieses Commentars 1. Th. §. 14. c S. 107.

25) Dieser Meinung sind *Casp.* ZIEGLER in Diss. de foro privilegiato. (*Vitemb.* 1662.) Cap. III. §. 15. sqq. *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione Lib. I. Cap. XXII. nr. 16. *I. H.* BOEHMER in Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 40. et 41. *Io.* SCHILTER Institut. iuris canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 9. Jacob Fried. Ludovici Einleitung zum Consistorialproceß Kap. 5. §. 7. folgg. *Sam.* STRYK ad *Brunnemanni* Ius eccles. Lib. III. Cap. I. §. 12. und Ebenderselbe de cautelis contract. Sect. I. Cap. V. §. 19. *Frid. Es.* PUFENDORF in lib. de iurisdict. germanica P. I. Cap. IV. §. 105. Joh. Christ.

verneinet wird [26]). Die Ursache dieser Verschiedenheit der Meinungen liegt in dem offenbaren Widerspruche, den wir bey Entscheidung der gedachten Frage in den Vorschriften des römischen und canonischen Rechts antreffen. Das Justinianeische Recht erlaubt einem jeden, der sonst einen befreyeten Gerichtsstand hat, und insonderheit auch den Geistlichen, die freywillige Unterwerfung unter einem sonst nicht zuständigen Richter, und erklärt nicht nur das Versprechen, *se non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam*, für gültig, sondern auch schon die bloße Absicht, davon einseitig abgehen zu wollen, für völlig unerlaubt, weil es niemand erlaubt seyn könne, wider seinen eingegangenen Vertrag zu handeln, und einen andern,

Christ. Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. St. Nr. VIII. S. 131. u. folgg. *Io. Aug.* BACH in Diss. de prorogatione iurisdictionis §. 8. in *Opusculis iurid.* pag. 426. sqq. HOFÄCKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4212.

26) Für diese Meinung streiten *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis ecclesiast. Lib. III. cap. IV. pag. 112. sqq. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG in Disput. de Iudiciis. Assert. XXXVII. *Ios.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. pag. 339. *Traugott* THOMASIUS in Diss. de foro clericorum protestantium, consistorio, non prorogabili. *Lipsiae* 1731. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 243. not. b. *Maur.* SCHENCKL in Syntagm. iuris eccles. §. 444. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 139. *Car. Henr.* GEISLER Animadversion. ex universo iure depromtarum Spicileg. I. (*Vitembergae* 1787.) Nr. 2. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. obs. 650. p. 232. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 151. u. a. m.

dern, der darauf gebauet hat, wissentlich zu hintergehen [27]). Das Canonische Recht hingegen verbietet den Geistlichen schlechterdings, sich mittelst Vertrags einem fremden, zumal einem weltlichen Richter, eigenmächtig zu unterwerfen, und erklärt sogar einen in dieser Hinsicht geleisteten Eid für völlig unkräftig und unverbindlich [28]). Die Gründe sind, weil der den Geistlichen verliehene befreyete Gerichtsstand, oder ihre Befugniß, den Gerichtszwang eines weltlichen Richters nicht anerkennen zu dürfen, keine bloß persönliche Rechtswohlthat, deren man sich nach eigener Willkühr begeben könne, sondern ein Vorrecht des Kirchenstaats und der Hierarchie sey, welches dem ganzen Orden, dem gesammten geistlichen Stande, ertheilet worden, und auf die öffentliche Kirchenverfassung gegründet ist, mithin durch keine, wenn gleich eidliche, Verträge einzelner Mitglieder im mindesten geändert werden könne. Denn kein Eid gelte, der gegen ein gesetzliches Verbot geleistet worden

27) *L. 51. Cod. de Episcop. et Clericis.* — Sancimus, non licere adversus sua pacta venire, et contrahentes decipere, cum regula sit iuris antiqui: *omnes licentiam habere, his, quae pro se indulta sunt, renunciare.*

28) *Cap. 12. X. de foro compet.* — Cum hoc ius in Milevitano et Carthaginensi Conciliis sit specialiter promulgatum, ne clerici clericos relicto suo pontifice ad iudicia publica pertrahant, alioquin causam perdant —: manifeste patet, quod non solum inviti sed etiam voluntarii pacisci non possunt, ut secularia iudicia subeant, *cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum: cui privatorum pactio derogare non potest. Nec iuramentum licite servari potuit, quod contra canonica statuta illicitis pactionibus informatur.*

den ist. Aus diesen Gründen ist daher nach dem canonischen Rechte die freywillige Unterwerfung der Geistlichen unter einem weltlichen Richter auch nicht einmal alsdann für zuläßig zu halten, wenn selbige gleich in einer bloß bürgerlichen Sache mit Einwilligung des Bischoffs geschehen seyn sollte [29]). So widersprechend indessen die Vorschriften des römischen und canonischen Rechts hierin sind, so wenig läßt sich jedoch mit Cujaz [30]) behaupten, als ob die Päbste durch ihre Verordnungen jene Vorschrift des Justi-

29) *Cap. 18. X. eodem:* — Licet privatorum consensus eum, qui iurisdictioni praeesse dignoscitur, suum possit iudicem constituere, *clerici tamen in iudicem non suum* (nisi forsan sit persona ecclesiastica, et episcopi dioecesani voluntas accedat) *consentire non possunt.* Nach dem ältern canonischen Rechte konnte sich zwar ein Geistlicher mit Einwilligung seines Bischoffs der Jurisdiction eines weltlichen Richters unterwerfen, wie *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Innocentio III. seu Commentar. in singul. Decretales huiusce Pontificis Lib. II. Tit. II. cap. 12. pag. 230. aus dem *can. 31. Concil. Arelatens. III.* und *can. 20. Conc. Aurelianens. IV.* gezeigt hat. Allein deßwegen verdient doch Gregor IX. den Vorwurf nicht, den ihm Cujaz in Recitat. ad Decretal. Tit. de foro competente c. I. pag. 30. macht, als ob er jenes ältere Recht zuerst abgeschaft, und ein novum et antea inusitatum ius eingeführt habe. Denn eben dieses war schon vor ihm Rechtens, und fließt aus den Gründen, die P. Innocenz III. im *cap. 12. X. de foro competente* gegen die Prorogation des Gerichtsstandes der Geistlichen anführt, schon von selbst her. Die Gründe des Cujaz hat schon *Ian. a* COSTA in Summar. Decretal. h. t. pag. 362. widerlegt.

30) *Recitat.* in Decretales ad cap. 12. X. de foro compet. Den Cujaz hat gründlich widerlegt *Eman.* GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. II. Lib. II. Tit. II. ad cap. 12. de foro compet. nr. 12. pag. 81. sqq.

Justinianeischen Rechts aufzuheben, und ein neues vorher ganz unerhörtes Recht einzuführen gesucht hätten. Nein! Denn, wie schon Janus a Costa[31]) und Johann August Bach[32]) bemerkt haben, so war der befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten ganz anders beschaffen, als in den nachfolgenden Zeiten, da die geistliche Gerichtsbarkeit durch die Concession der weltlichen Regenten, und durch das päbstliche Recht ein eigenthümliches Recht der Bischöffe geworden ist. Denn zu der Zeit, da Justinian die gedachte Verordnung der L. 51. C. de Episc. et Cleric. bekannt machte, bestand das privilegium fori der Geistlichen bloß darin, daß die in der kaiserlichen Residenzstadt wohnenden nur bey dem Praefectus Praetorio, die in den Provinzen aber bey keinem andern Richter als bey dem Präses oder Rector der Provinz belangt werden sollten[33]). Es war demnach der Gerichtsstand der Geistlichen in bürgerlichen Sachen damals noch kein kirchlicher, sondern ein bloß **weltlicher**, der bloß aus Faveur und Achtung für den geistlichen Stand (*ut eis beatitudinis honor debitus reservetur*) war eingeführt worden. In der Folge verordnete nun zwar Justinian[34]), daß wer eine Klage gegen einen Geistlichen hätte, dieselbe bey

31) in Summar. Decretal. Tit. de foro compet. pag. 361.

32) in Diss. de prorogat. iurisdict. §. 6. in *Opuscul.* pag. 422.

33) *L.* 33. *Cod. de Episcop. et Cleric.*

34) *Nov. LXXIX. cap.* 1. *Nov. LXXXIII.* et *Nov. CXXIII. cap.* 21. Die Geschichte dieser Gesetze hat sehr genau entwickelt *Zeger Bernh. van* ESPEN in Iure eccles. univ. P. III. Tit. I. Cap. IV. in *Operib. a Io. Pet.* GIBERT *noviss. editis* Tom. IV. pag. 8.

bey dem Bischoff des Orts anbringen sollte, jedoch befreyete der Kaiser hierdurch die Geistlichen eben so wenig von aller weltlichen Gerichtsbarkeit, als sich behaupten läßt, daß die Bischöffe schon damalen ein eigenthümliches Recht, die Rechtshändel der Geistlichen zu entscheiden, erlangt hätten. Nein! Justinian verordnet vielmehr ausdrücklich, daß wenn es etwa, wegen der besondern Beschaffenheit der Sache, oder wegen anderer Schwierigkeiten dem Bischoff nicht möglich wäre, die Sache zu entscheiden, sodann immer noch den Klägern erlaubt seyn solle, ihre Klagen gegen Geistliche bey den oben gedachten weltlichen Richtern anzustellen, so wie er denn auch diesen letztern das Recht vorbehalten, die Sentenz des Bischoffs, wenn etwa die eine von den streitenden Partheyen binnen zehen Tagen Beschwerde dagegen geführt hätte, zu prüfen, und solche entweder abzuändern oder zu bestätigen, und in diesem letztern Falle auch dieselbe zu vollziehen[35]). Da also dieser befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten blos zum Faveur der Geistlichkeit, und, als ein Privilegium für sie, war eingeführt worden, so ist kein Wunder, wenn es den Geistlichen damals erlaubt gewesen ist, sich desselben noch Willkühr zu begeben[36]). Allein eine ganz andere

35) *Nov. CXXIII. cap. 21.*

36) In Gratians Decrete findet sich zwar ein Canon, daraus man beweisen möchte, daß die Befugniß, in Sachen der Geistlichen Recht zu sprechen, schon längst vor Justinian eine den Bischöffen erworbene Gerechtsame gewesen sey. Denn so heißt es *can. 17. Cauf. XI. quaest. 1.* bey Gratian: Clericum nullus praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare. Dieser Canon ist, wie aus der Ueberschrift

andere Beschaffenheit hatte das forum privilegiatum clericorum zu den Zeiten, da Pabst Gregor IX. seine Decretalen promulgirte. Denn wie nunmehr die geistliche Gerichtsbarkeit schon längst durch die Concession der weltlichen

schrift desselben erhellet, *ex Concilio Agathensi can.* 32. genommen, welche Synode im Jahr Chr. 506 in Frankreich gehalten worden ist. Allein, wie schon *van* ESPEN in Iure eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. V. §. 8. richtig bemerkt hat, so ist es dem Gratian mit diesem Canon, wie mit vielen andern, gegangen, daß er denselben unrichtig dargestellt, und ihm einen Sinn beygelegt hat, woran die Väter des Conciliums zu Agde nie gedacht haben. Denn nach den besten Ausgaben der Concilienschlüsse lautet der *can.* 32. *Concilii Agathensis* folgendermassen: Clericus ne quemquam praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare; sed si pulsatus fuerit, respondeat; wie, ausser den römischen Correctoren, vorzüglich *Car. Sebast.* BERARDUS ad Gratiani canones P. I. Cap. XXIII. pag. 249. (*edit. Venet.* 1777. 4.) gezeigt hat. Zufolge dieses Agdischen Concilienschlusses sollte also nur kein Geistlicher, ohne Erlaubniß seines Bischoffs, mit Jemand einen Proceß anfangen, sich aber doch ohnweigerlich vor dem weltlichen Richter stellen, wenn er selbst von Jemand belangt worden wäre. Daß dieses der Verfassung der damaligen Kirchendisciplin gemäß gewesen sey, beweist auch noch ein anderes in Frankreich zu *Epaon* im Jahr 517 gehaltenes Concilium, in dessen *can.* 11. folgendes verordnet ist: Clerici sine ordinatione Episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant, sed si pulsati fuerint, sequi ad saeculare iudicium non morentur. Es waren also damalen die Geistlichen unstreitig noch den weltlichen Gerichten unterworfen. Man sehe *Franc.* FLORENTIS Tract. ad Gratiani Caus. XI. Qu. 1. in *Operib. iurid.* Tom. II. pag. 9. sq. und *van* ESPEN in brevi Commentar. in sec. Part. GRATIANI Caus. XI. in *Operib.* Tom. VIII. pag. 59. sqq.

lichen Regenten ein eigenthümliches auf das System der Hierarchie gegründetes und durch die Kirchengesetze bestätigtes Vorrecht der Bischöffe geworden war, so wurde dieselbe auch jetzt insonderheit in den persönlichen Sachen der Geistlichen von den Bischöffen, als eine ihnen eigene Befugniß, ausgeübt, und hierdurch der Gerichtsstand der Geistlichkeit, der noch zu Justinians Zeiten ein weltlicher, oder wenigstens, selbst durch die Novellen dieses Kaisers, von aller weltlichen Gerichtsbarkeit noch nicht ganz befreyeter Gerichtsstand war, in einen kirchlichen ganz eximirten Gerichtsstand verwandelt [37]). Auf diese öffentliche Kirchenverfassung seiner Zeiten gründet sich also die oben angeführte Verordnung des Pabsts Innocenz III. in cap 12. X. de foro competente [38]). Denn daß der Pabst hierdurch kein neues vorher unerhörtes Recht habe einführen wollen, erhellet aus den Entscheidungsgründen desselben, insonderheit aus der Berufung auf die ältern Concilienschlüsse.

37) Die aus den Capitularien der fränkischen Könige, und den Concilienschlüssen hierher gehörigen Beweise findet man alle in chronologischer Ordnung zusammengestellt bey *van* ESPEN in Iure eccles. univ. a. a. O. Cap. IV. §. 20. sqq. Noch ausführlicher hat die Geschichte von der successiven Gründung und Erweiterung der bischöflichen Gerichtsbarkeit über die Geistlichen abgehandelt *Lud.* THOMASSINUS in veteri et nova ecclesiae disciplina P. II. Lib. III. Cap. 101 — 114. (nach der Mainzer Ausgabe 1787. 4.) Man sehe auch den Tit. de iudiciis im 6. Th. dieses Commentars §. 523.

38) S. GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad c. 12. X. de foro competente, und ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis eccles. Lib. III. cap. 4.

schlüsse[39]). Es kommt nun alles darauf an, welchem Rechte heut zu Tage der Vorzug zu gestatten sey? Ich bin hier mit Hrn. Hofrath Schnaubert[40]) darin einverstanden, daß bey der vorgelegten Frage ein Unterschied zwischen der katholischen und der protestantischen Kirche zu machen sey. In Ansehung der katholischen Kirche verdient unstreitig diejenige Meinung den Vorzug, welche dem canonischen Rechte das Wort redet. Denn in Ansehung derselben treten auch noch heutiges Tages dieselbigen Gründe ein, aus denen den Geistlichen die freywillige Unterwerffung unter einen weltlichen Richter verboten worden ist. Allein in Ansehung der protestantischen Kirche sehe ich nicht sowohl darauf, was man hierbey für ein System von dem Grunde der den evangelischen Landesherren zustehenden Kirchengewalt annimmt. Denn, da diese Systeme sehr verschieden sind[41]), so würde auf solche Art die Frage immer

39) Der Pabst beruft sich auf das Milevitanische und Carthaginensische Concilium, und versteht darunter die unter diesen Ueberschriften in Gratians Decrete vorkommende bekannten Texte *can.* 42. *et* 43. *Cauſ. XI. qu. 1.* Allein was Gratian dem Milevitanischen Concilium zuschreibt, ist in demselben nirgends, wohl aber im *Concilio Toletano III.* vom Jahre 589. *can.* 13. zu finden, wie auch schon die CORRECTORES ROMANI in ihrer Anmerkung zum c. 42. erinnert haben. Die Ursache dieses Irrthums untersucht *Car. Seb.* BERARDUS ad Gratiani Canones P. I. Cap. XVI. pag. 177.

40) In den Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrecht 2. Th. Nr. IV. unter dem Titel: Kann ein Geistlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer weltlichen Sache freywillig prorogiren?

41) Man sehe *Dan.* NETTELBLADT Commentat. de tribus systematibus doctrinae de iure sacrorum dirigendorum domini territoria-

immer unentschieden bleiben; sondern es kommt vielmehr meines Erachtens auf die besondere Verfassung der evangelischen Kirche selbst an. Es stehet nämlich die geistliche Gerichtsbarkeit entweder der Kirche selbst, als ein gesellschaftliches und ihr erworbenes Recht, zu, oder sie wird im Namen des evangelischen Landesherrn durch seine Consistorien ausgeübt, oder sie ist gewissen Unterthanen, z. B. Adelichen auf ihren Gütern, oder dem Magistrat einer Landstadt, als eine eigenthümliche Gerechtsame (iurisdictio realis s. patrimonialis), vom Landesherrn verliehen worden. Im erstern Falle, wenn z. B. eine evangelische Kirche sich unter katholischer Landesobrigkeit befindet, welcher vermöge des Entscheidungsjahrs das eigenthümliche Recht eines Consistoriums zusteht[42]), gehört die geistliche Gerichtsbarkeit zu der eigenthümlichen und von der weltlichen Herrschaft wesentlich unterschiedenen Kirchengewalt ei-

torialis evangelici quoad ecclesias evangelicas sui territorii; in EIUS *Observation. iuris ecclesiastici.* (Halae 1783. 8.) Nr. VI. Desselben Abhandl. über die Kirchengewalt der evangel. Landesherren in Ansehung ihrer evangel. Unterthanen; in Seinen Abhandlungen aus dem protest. Kirchenrechte (Halle 1783. 8.) Nr. IV. Schnaubert von dem Grunde der den evangel. Landesherren in Kirchensachen zustehenden Gerechtsamen; in Desselben Beyträgen zum T. St. u. K. R. 1. Th. Nr. XI. und *Io.* IUNG Origines iuris sacrorum Commentat. II. systemata Protestantium cum historia Ecclesiae, Imperii R. G. et Pacificationum publicarum comparata continens. *Heidelbergae* 1783. 8.

42) *Instr. Pac. Osn. Art. V.* §. 31. Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de clerico debitore. (*Halae* 1715.) Cap. II. §. XII. *G. L.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 199. Struvens Nebenstunden Th. 2. Abh. VI. und Th. 3. Abh. XV.

ner solchen Kirche, worauf dieselbe eben so ein erworbenes und ausschliessendes Recht hat, gleichwie die Bischöffe nach dem canonischen Rechte haben[43]). Es findet folglich auch hier jene Verordnung des canonischen Rechts, vermöge welcher ein Geistlicher die Jurisdiction in einer bürgerlichen Rechtssache auf einen weltlichen Richter nicht prorogiren darf, so wie die vom P. Innocenz III. desfalls angeführte Ursache: pacto privatorum iuri publico minime derogari, ihre vollkommene Anwendung. Denn es gehört in einem solchen Falle unstreitig zur innern Verfassung und öffentlichem Zustande einer solchen Kirche, daß ihr, als Gesellschaft, die geistliche Gerichtsbarkeit auch über ihre Geistlichen ausschließlich zusteht. Im andern Falle hingegen repräsentirt ein solches landesherrliches Consistorium unmittelbar den evangelischen Landesherrn, der es angeordnet hat, und desselben Gerichtsbarkeit ist eben sowohl, wie die Jurisdiction der von ihm angeordneten weltlichen Gerichte nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit. Es unterscheidet sich von andern landesherrlichen Gerichten blos darin, daß demselben ein besonderes Fach von Sachen, nämlich Kirchensachen, und eine gewisse Gattung von Personen, nämlich die Geistlichen und andere kirchliche Personen vom Landesherrn angewiesen worden ist. Wenn nun gleich Kirchensachen auch in evangelischen Landen dem Consistorium dergestalt angewiesen sind, daß nachher jeder andere Richter des Staats in denselben, als in Sachen, welche in seiner Gerichtsbarkeit gar nicht begriffen sind, incompetent geworden ist; so kann doch die Incompetenz des welt-

43) I. H. BOEHMER Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXVIII. §. 43. pag. 640.

weltlichen Richters in Ansehung der Person eines Geistlichen in einer bloßen bürgerlichen Rechtssache durch die Prorogation um so mehr gehoben werden, da der privilegirte Gerichtsstand in diesem Falle blos als ein Privilegium der Geistlichen, keinesweges aber als ein Privilegium des Richters zu betrachten ist. Mithin bleibt es hier bey der oben angeführten Verordnung des Justinianeischen Rechts. Daher es auch nach dem Gerichtsbrauche bey den Protestanten keinen Zweifel hat, daß ein Geistlicher in bloßen weltlichen Sachen, zumal in einzelnen Fällen, mittelst Vertrags sich seines befreyeten Gerichtsstandes füglich begeben könne, und daß eine solche Entsagung auch ohne eidliche Bestätigung alle rechtsbehörige Gültigkeit habe[44]). Endlich in dem letztern Falle[45]) fällt die Prorogation, zu Folge des oben vorgetragenen Grundsatzes, daß diejenigen, welche einer Patrimonial- oder Realjurisdiction unterworfen sind, dieselbe nicht ohne Erlaubniß ihrer Gerichtsobrigkeit auf einen andern Richter prorogiren können, schon von selbst weg. Mithin kann kein geistlicher Gerichtspflichtiger sich derselben auch nur in einem einzelnen Falle entziehen, ohne der eigenen und erworbenen Gerechtsame seines geistlichen Richters zu nahe zu treten.

44) Man vergleiche vorzüglich *I. H.* BOEHMER Ius eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 41. pag. 1012. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. Stück Nr. VIII. S. 133.

45) Von solchen Consistoriis mediatorum führt *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. cit. de clerico debitore Cap. II. §. 11. verschiedene merkwürdige Beyspiele an. S. auch *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 183. und Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- u. Fürstenrechts 2. Th. S. 74. folg.

Aus eben diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu entscheiden: **ob eine academische Person sich ihres befreyten Gerichtsstandes begeben, und einem andern Richter sich unterwerfen könne?** Die Verneinung dieser Frage findet um so weniger Zweifel, da die academische Gerichtsbarkeit heut zu Tage eine iurisdictio realis, ein der Academie, als einer universitati, zuständiges eigenthümliches Recht ist[46].

Nun

46) S. *Henr.* BALEMANN Diss. epistol. de iurisdictione academica non proroganda. *Giessae* 1755. Joh. Ernst Flörkens Erörterung der Rechtsfrage, ob Jemand, besonders ein Geistlicher, wie auch ein Academicus, desgleichen ein Soldat, seines befreyten Gerichtsstandes sich begeben könne? Halle 1758. 4. Joh. Christoph Kochs rechtliche Gedanken von der Gerichtsbarkeit der Universitäten. Giessen 1764. 4. *Car. Frid.* WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 2. §. 2. pag. 750. welcher zugleich die über diese Frage zwischen Huber und van Eck gewechselten Streitschriften vollständig anführt; den Streit selbst erzählt Nettelbladt in den Hallischen Beyträgen zur Gelehrtenhistorie 1. Th. 2. St. Nr. V. S. 355. u. folgg. Unter den neuern Rechtsgelehrten behaupten zwar LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. LXXVII. med. 4. COCCEJI in Iur. civ. controv. T. I. Lib. V. Tit. I. Qu. 23. *I. H.* BOEHMER in Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. II. §. 42. u. a. m. daß es einem akademischen Bürger nirgends verboten sey, sich in einzelnen besondern Fällen vor andern Gerichten zu stellen, und daselbst sich einzulassen, und HOFACKER in Princip. iur. civ. T. III. §. 4212. a. E. nimmt nur Disciplinarsachen aus. Allein mit besserm Rechte halten andere Rechtsgelehrten auch diese Art der Prorogation für unzuläßig. S. ausser Flörken in der angef. Schrift §. 14. noch EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* Ius controv. c. l. not. g. pag. 424. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 128. nr. II. pag. 244.

Nun entsteht noch

b) die andere Hauptfrage: ob Jemand, der keinen befreyeten Gerichtsstand hat, die Gerichtsbarkeit auf einen solchen Richter prorogiren könne, der nur für die Rechtssachen privilegirter Personen ausschließlich bestellet ist? z. B. kann eine Person, die zur Academie auf keine Weise gehört, sich dem academischen Gerichte, oder eine Person, die kein Soldat ist, dem militärischen Gerichte unterwerfen? Meines Erachtens kann hier keine Prorogation Statt finden. Schon die Natur der Privilegien erlaubt dieses nicht. Denn sonst würden ja Personen, die kein privilegium fori haben, sich eines solchen nach ihrem Gefallen theilhaftig machen können. Hierzu kommt die deutliche Verordnung des Kaisers Gordian[47]), welcher folgendermaßen rescribirt hat: Si militaris iudex super ea causa, de qua civilibus actionibus disceptandum fuit, non datus, a quo dari poterat, cognovit: etiam remota appellatione id, quod ab eo statutum est, firmitatem iudicati non habet[48]).

Was endlich noch die **Wirkungen der Prorogation** betrift, so ist zwar überhaupt gewiß, daß der prorogirte Richter eben dieselbige Gewalt über die streitenden Partheyen erlangt, welche der ordentliche Richter hat. Er kann daher gegen die Ungehorsamen mit Zwang, und

47) *L. 2. Cod. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.*

48) Mit mir stimmen überein VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 17. BACH in Exercitat. de prorogatione iurisdiction. §. 3. circa fin. in *Opusculis* pag. 412. sq. und STOCKMANN in Diss. saep. cit. de iurisdictione prorogat. §. 5. circ. fin. pag. 28.

Strafmitteln verfahren, und seine Verfügungen und Urtheile vollziehen. Jedoch wird natürlicher Weise vorausgesetzt, daß der prorogirende Theil entweder unter dem Gerichtszwange dieses Richters angetroffen werde, oder wenigstens Güter daselbst besitze, in welche die Execution vollstreckt werden kann [49]).

§. 208.

Von der *iurisdictione mandata* nach römischen und heutigen Rechten. Erläuterung der *L. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisdict.* *L. 2. D. quis a quo appell.* und *L. 13. D. de offic. Proconf.*

Ganz verschieden von der iurisdictione prorogata ist die IURISDICTIO MANDATA. Eine obrigkeitliche Person übt die ihr vom Staat verliehene Gerichtsbarkeit entweder selbst aus, oder sie überträgt die Verwaltung derselben, ganz oder zum Theil, einem andern. Im ersten Falle wird sie eine eigne (iurisdictio *propria*), in dem andern aber eine abgetretene (mandata) genennt. Unter einer iurisdictio mandata wird also eine solche Gerichtsbarkeit verstanden, die man im Namen und an der Stelle einer andern obrigkeitlichen Person, vermöge einer von derselben erhaltenen Vollmacht, ausübt [50]). Wer die Juris-

49) KEMMERICH in Exercit. de prorogatione iurisdictionis §. XVII. et STOCKMANN in Diss. all. §. VII.

50) S. *Augustin.* CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 452. sqq. *Ger.* NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. 1—11. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8—11. QUINTANADUEGNA Lib. I. Tit. XI.

risdiction mandiren will, muß, wie Julian[51] sagt, die Gerichtsbarkeit *suo iure* besitzen, d. i. sie von dem Oberhaupte des Staats selbst erhalten haben; sie mußte ihm bey den Römern, vermöge eines vom Staat ertheilten obrigkeitlichen Amtes (iure magistratus), zustehen. Denn nur eine IURISDICTIO PROPRIA kann einem andern zur Ausübung überlassen werden. Eine MANDATA hingegen ist, nach dem Ausspruche des Paulus[52], keiner weitern Uebertragung fähig. Die römischen Magistratspersonen durften nun ihre Gerichtsbarkeit nach Gefallen mandiren[53]. Denn oft erlaubte ihnen die Menge anderer Staats- und Kriegsgeschäfte nicht, sie selbst zu verwalten; oft waren sie auch nicht einmal der Rechte kundig. Der Auftrag konnte auch einer Privatperson eben so gut als einer obrigkeitlichen Person geschehen[54], allein doch immer nur einer solchen Person, welche die zur Verwaltung des richterlichen Amtes erforderlichen Eigenschaften hatte. Eine römische Magistratsperson konnte jedoch ordentlicher Weise nur die Ausübung desjenigen an andere überlassen, was more maiorum zu ihrem Amte gehörte.

51) *L. 5. D. de iurisdict.* More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam *suo iure*, non *alieno beneficio*, haberet. Daß *alieno beneficio* ist soviel als ex mandato magistratus, wie es QUINTANADUEGNA a. a. O. nr. 2. pag. 259. ganz richtig erklärt.

52) *L. 5. D. de officio eius, cui mandata est iurisdictio.* Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse, manifestum est.

53) *L. 6. §. 1. D. de officio Proconf.* — Mandare iurisdictionem vel non mandare, est in arbitrio Proconsulis.

54) *L. 3. L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisdict.*

te [55]). Denn was vermöge eines Volksschlusses [56]), oder Senatusconsultums [57]), oder einer kaiserlichen Constitution [58]) der obrigkeitlichen Charge besonders beygelegt war, gieng nicht auf den Stellvertreter über. Der Mandatarius erhielt daher durch den Auftrag so wenig das imperium merum (S. 30) als die Legis actio (S. 10). Allein war ihm die Jurisdiction überhaupt anvertrauet, so verstand sich das imperium mixtum von selbst [59]). Wir finden zwar in den römischen Gesetzen, daß der Stellvertreter zuweilen auch solche Dinge habe versehen können, die nicht zum ordentlichen Amte der obrigkeitlichen Person gehörten; allein es mußte doch immer eine besondere Veranlassung dazu vorhanden seyn, z. B. Abwesenheit, und dann konnte der

55) *L.* 1. *D. eodem.* *Scip.* GENTILIS de iurisdict. lib. II. c. 13. et 14.

56) Z. B. die Bestellung der Vormünder für Unmündige, wozu die *Lex Attilia* den Prätor Urbanus, die *Lex Iulia et Titia* aber den Präses der Provinz authorisirte. §. 1. *I. de attilian. tut.* Daher sagt Ulpian *L.* 8. *pr. D. de tutor. et curat. dat.* Nec mandante Praeside alius tutorem dare poterit.

57) Z. B. die Untersuchung bey gewaltsamer Entleibung eines Herrn gegen die Sclaven desselben, die nach dem Senatusconsultum Silanianum dem Prätor zustand. Vid. *tit. Dig. de SCto Silaniano,* (XXIX. 5.)

58) Ein Beyspiel giebt die Untersuchung und obrigkeitliche Bestätigung des Vergleichs über künftigen Unterhalt, vermöge der Verordnung des Kaiser Marcus. *L.* 8. *pr. D. de transact.* Diese konnte der Prätor oder Präses keinem andern überlassen. *L.* 8. §. 18. *D. eod.* Man vergleiche überhaupt GENTILIS de iurisd. II. 15—18.

59) *L.* 1. *in fin.* *L.* 5. §. 1. *D. de offic. eius cui mand. e. iurisd.*

der Auftrag nur einer solchen Person geschehen, die die Gesetze auf solchen Fall schon authorisirt hatten. So z. B. konnte der legatus Proconsulis vermöge einer Verordnung des Divus MARCUS Vormünder bestellen[60]; vermöge eben dieser Verordnung konnte der Präses der Provinz auch die Municipalobrigkeiten hierzu bevollmächtigen[61]. Im Nothfall konnte der legatus Proconsulis auch Sklaven manumittiren, wenn er nämlich den besondern Auftrag hierzu in der Provinz erhielt, denn ausserdem hatte der Legatus ordentlicher Weise keine legis actio[62]. Sogar das

60) *L. 15. D. de offic. Procons. L. 1. §. 1. D. de tutor. et curatorib. datis.*

61) *§. 4. I. de Attil. tutor. L. 3. D. de tut. et curator. dat.*

62) Auf diese Art, dünkt mich, ließe sich der Widerspruch zwischen die *L.* 17. *§.* 1. *D. de manum. vindict.* und *L. 2. et 3. D. de officio Procons.* mit *Abrah.* WIELING in Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 5. am leichtesten heben, ohne nöthig zu haben, mit CUJACIUS Observat. lib. I. c. 1. der *L.* 17. *§.* 1. *cit.* die Particul NON einzuschalten, oder mit *Pet.* BURGIUS in Elect. cap. 2. *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio lib. II. cap. 7. POTHIER in Pandect. Iustin. T. III. pag. 49. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 9. statt Legatum eius, *Legatum Caesaris* zu lesen, und darunter den Praeses der Provinz zu verstehen. Die Emendation des Cujaz hat schon ROBERTUS lib. I. Receptar. lect. c. 28. verworfen. Cujaz suchte sie zwar Observat. lib. XV. cap. 19. zu rechtfertigen. Allein Robert antwortete darauf lib. I. Animadv. cap. 21. den Cujaz widerlegt auch HOTOMANNUS lib. II. Responsion. amicabil. c. 1. Desselben Emendation vertheidigen indessen QUINTANADUEGNA de iurisdict. et imperio. Lib. I. Tit. 9. nr. 17. und CAMPIANUS de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 273. In einigen Ausgaben der Pandecten findet man der *L.* 17.

das merum imperium konnte zuweilen ausser der Ordnung mandirt werden. Dieß erlaubte z. B. *Lex Iulia de vi* im Falle der Abwesenheit des Magistrats [63]). Ob auch in dem nämlichen Falle bey andern Verbrechen ein solcher Auftrag zuläßig gewesen, ist streitig. Hannesen [64]) will jene Ausnahme bloß auf das Verbrechen der vis publicae einschränken, wovon die *Lex Iulia* redet. Allein Voet [65]), Schulting [66]) und die meisten Rechtsgelehrten behaupten das Gegen-

L. 17. §. 1. D. de manum. vind. noch folgende Worte beygefügt: ex quo provinciam ingressus est. Z. B. in der Ausgabe des Haloanders, und der des *Petri ab* AREA BAUDOZA CESTII. Allein die Florentinische, Russardinische, Gothofredische und mehrere andere Ausgaben haben jenen Zusatz nicht. Daher hält ihn CAMPIANI pag. 273. für ein Glossem. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist kein Widerspruch vorhanden, wenn man erwägt, daß Marcian in der *L. 2. D. de offic. Proconf.* nur so viel sagt, daß zwar dem Proconsul, ehe er noch die ihm angewiesene Provinz erreichte, die legis actio schon zustand, aber auf keine Weise dem ihm beygegebenen Stellvertreter. Denn diesem konnte ja der Proconsul überhaupt nicht eher die Jurisdiction mandiren, als wenn er in der Provinz wirklich angekommen war, wie Ulpian *L. 4. §. 6. D. de offic. Proconf.* bezeugt. Mit mir stimmt auch *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. I. Tit. 16. §. 14. überein. Man sehe übrigens noch *H.* ERNSTIUS ad libr. I. Digestor. in L. 2. §. 1. de offic. Proc. Tom. VI. *Thesaur. Meermann.* pag. 853. und *Scip.* GENTILIS de iurisdict. Lib. II. c. 10. pag. 226. seqq.

63) *L. 1. pr. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.*

64) in Diss. de iurisdictione §. XXVI.

65) in Comment. ad Pand. h. t. §. 10.

66) in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9.

Gegentheil. Daß man ausser der Ordnung Untersuchungen in peinlichen Fällen den Legatis zu übertragen pflegte, lehrt Ulpian[67]) ganz deutlich. Es scheint auch der dem Quaesitor ehemals beygegebene Iudex quaestionis, dessen nicht nur Cicero[68]), sondern auch Marcian[69]) gedenken, ein bloßer Gehülfe und Stellvertreter der peinlichen Obrigkeit gewesen zu seyn, wie Noodt[70]) sehr gründlich gezeigt hat. Hierzu kommt die ausdrückliche Verordnung des Kaisers Constantin[71]): Legati non solum civiles, sed etiam *criminales causas* audiant, ita ut si sententiam in reos ferendam providerint, ad Proconsulem eos transmittere non morentur. Indessen erhellet hieraus doch nur immer so viel, daß allenfalls die Verhörung der Missethäter durch die Legatos habe geschehen können[72]). Das Urtheil selbst aber und dessen Vollziehung blieb immer dem

67) *L. 6. pr. D. de offic. Proconsul.* Solent etiam custodiarum cognitionem mandare Legatis: scilicet ut praeauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet. Sed hoc genus mandati extraordinarium est.

68) in Orat. *pro Cluentio* cap. 54. auch in *Bruto* cap. 76.

69) *L. 1. §. 1. D. ad Leg. Cornel. de Sicariis.*

70) de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 5. Eben dieses scheint die Bestimmung des Vicarii urbis Romae gewesen zu seyn, welchem der Praefectus urbis mit Genehmigung des Kaisers das merum imperium auftragen konnte; wie ebenfalls NOODT cap. VI. erwiesen hat.

71) *L. un. Cod. de officio Procons. et Legati* (lib. I. Tit. 35.)

72) S. CAMPIANI de officio et potestate Magistrat. Rom. pag. 291. sq.

dem Magistrate vorbehalten[73]). Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Jurisdiction des Stellvertreters mit der Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die ihn bevollmächtiget hatte, ein und dieselbe gewesen. Papinian[74]) sagt dieses ausdrücklich: Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet; sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur. Daher bediente sich der bevollmächtigte Richter auch des Tribunals seines Gewaltgebers[75]); und von den Urtheilssprüchen desselben konnte nur an den Obern des Mandantis appellirt werden[76]). Bemerkenswerth ist jedoch die Ausnahme bey den Legatis Proconsulis, von diesen wurde an den Proconsul selbst appellirt. Venulejus Saturninus *lib. 2. de officio Procon-*

73) *L. 6. in fin. D. de offic. Proc.* Nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre. Hiermit ist auch die *L. 11. D. eodem* zu verbinden, welche *Herm.* OOSTERDYK in Disp. ad fragmenta, quae ex VENULEJI SATURNINI libris *de officio Proconsulis* supersunt. (*Trajecti ad Rhen.* 1755.) Cap. III. §. 1. in *Ger.* OELRICHS Thes. novo Differt. iuridic. Belgicar. Vol. I. T. II. Nr. VII. pag. 489. vortreflich erläutert.

74) *L. 1. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisdictio.*

75) *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 9. beweißt dieses mit vielen Gründen. Diesen ist jedoch *L. ult. Cod. ubi et apud quem cognitio rest. in integr. agend.* beyzufügen.

76) *L. 1. §. 1. D. quis a quo appelletur.* Ab eo, cui quis mandavit iurisdictionem, non ipse provocabitur: nam generaliter is erit provocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui provocaretur ab eo, qui mandavit iurisdictionem.

consulis [77]) sagt: Appellari a Legatis Proconsul [78]) potest, et si multam dixerit, potest de iniquitate eius Proconsul cognoscere, et quod optimum putaverit, statuere. Wie man sich diese Ausnahme ohne Widerspruch erklären soll, da doch die Legati Proconsulis nach der Meinung des Paulus [79]) auch nur eine iurisdictio mandata hatten, ist schwer zu begreifen. Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, welche die Sache minder getroffen zu haben scheinen, und glaube, daß das Fragment des Venulejus nur von einem solchen Falle zu verstehen sey, da der Legatus Proconsulis nicht als bloßer Bevollmächtigter, sondern zugleich vermöge eines ihm zustehenden eigenen Rechts handelte, was er nicht dem Auftrage des Proconsuls, sondern der Verordnung eines besondern Gesetzes zu verdanken hatte. Dahin gehört, wenn der Legat einen zum Vormund bestellte, wozu ihn die Verordnung des Divus Marcus berechtigte; und dieser sich entschuldigte, der Legat aber die Entschuldigung nicht annahm, sondern ihn durch Geldstrafe zur Uebernehmung der Vormundschaft nöthigen wollte [80]), so konnte derselbe an den Pro-

77) *L. 2. D. eodem.*

78) So lieset die Florentine. Allein Haloander und Fradin haben a legatis Proconsulis. Daß jedoch die florentinische Leseart richtiger sey, hat *Cornel. van* BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. aus den Basiliken erwiesen.

79) *L. 12. §. 1. D. de iudiciis.*

80) Daß dergleichen Zwangsmittel Statt fanden, wenn Jemand sich ohne hinlängliche Ursache der Bürde einer angetragenen Vormundschaft zu entziehen suchte, lehrt *L. 9. D. de munerib. et honor.*

Proconsul appelliren. In allen übrigen Fällen hingegen, da der Legat des Proconsuls bloß als Stellvertreter und vi mandatae iurisdictionis Recht sprach, mußte an den Kaiser oder an den Präfectus Prätorio appellirt werden [81]). Mit mir stimmen Augustinus Campiani [82]) und Hermann Oosterdyk [83]) überein. Die iurisdictio mandata endigte sich nun nach römischen Rechten auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung, nämlich durch den Tod, durch Revocation, und wenn überhaupt die Jurisdiction des magistratus mandantis aufhörte. Etwas besonders finden wir auch hier in Ansehung eines Legati Proconsulis, diesem konnte die einmal aufgetragene Jurisdiction anders nicht als mit Vorwissen und Genehmigung des Kaisers genommen werden, dahingegen bey andern Mandatarien der Auftrag nach der Willkühr des magistratus mandantis wiederruflich war. Ulpian *lib. I. de officio Proconsulis* [84]) sagt: Adimere mandatam iurisdictionem licet quidem Proconsuli; non autem debet inconsulto Principe hoc facere. Der Grund hiervon war, weil die Gewalt eines legati Proconsulis nicht ganz allein vom Auftrage herrührte, sondern der Legat auch manches, was nicht zur Jurisdiction im eigentlichen Verstande, sondern zur Legis actio gehörte, vermöge eigenen Rechts thun konn-

81) *L. 32. Cod. de appellat. et consultat.*

82) de officio et potestate Magistratuum Romanor. ad L. 6. D. de officio Proconſ. pag. 298.

83) in cit. Dissertat. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Proconſ. supersunt. Cap. III. §. 4. in OELRICHS *Theſ. alleg.* pag. 503. ſqq.

84) *L. 6. §. 1. D. de offic. Proconſ.*

konnte, wenn gleich die Ausübung dieses Rechts von der Bevollmächtigung abhieng[85]). Hierauf beziehen sich die Worte des Pomponius[86]) *lib. X. ad Quintum Mucium:* Legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi a Proconsule eis mandata fuerit iurisdictio, welche von den Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt werden[87]). Weil

T 2 nun,

85) QUINTANADUEGNA de iurisdict. et Imp. Lib. I. Tit. 9. nr. 5. seqq. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 79. nr. VI. pag. 158. et not. p. ad h. §. pag. 157.

86) *L. 13. D. de offic. Proc.*

87) Cujaz Observat. Lib. VII. c. 21. hat diese Stelle so verstehen wollen, als ob der Legat die ihm aufgetragene Jurisdiction suo iure und in eigenem Namen ausgeübt habe. Allein diese irrige Meinung haben schon LEONINUS Emendat. Lib. II. c. 19. BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. und CAMPIANI de officio et potestate Magistrat. Rom. p. 296. sqq. widerlegt. Sie selbst aber verstehen den Pomponius folgendermassen; der Legat habe sich blos darum, weil er dem Proconsul vom Senate oder dem Kaiser selbst war beygegeben worden, noch nicht die Ausübung der proconsularischen Jurisdiction anmassen dürfen, sondern habe erst den Auftrag des Proconsuls erwarten müssen. Diese Erklärung hat auch vorzüglich FOPPIUS *ab* AEZEMA in Differtat. ex iure civili Lib. II. cap. 2. Tom. VI. *Thes. Meermann.* pag. 822. zu vertheidigen gesucht. Allein schon *Franc.* HOTTOMANUS Observat. Lib. III. cap. 4. und PERENONIUS Animadvers. lib. I. c. 26. haben richtig eingesehen, daß die Worte des Pomponius darauf gehen, was ein legatus Proconsulis, ausser der ihm aufgetragenen Jurisdiction, *suo iure* und in eigenem Namen thun konnte. Denn dieß wird eigentlich in der Lehre von der Gerichtsbarkeit *proprium* genennt. Es ist daher allerdings richtiger und dem Sinne des Pomponius angemessener, wenn wir ihn so verstehen, daß der Legatus Proconsulis dasjenige, was ihm aus eige-

nun also der Legat auch dasjenige, wozu ihn das Gesetz selbst authorisirte, und was ihm folglich suo iure zustand, dennoch anders nicht ausüben konnte, als wenn ihm zugleich die Jurisdiction vom Proconsul war mandirt worden, so mußte nothwendig diese Ausübungsbefugniß mit aufhören, sobald der Proconsul seinen Auftrag zurücknahm. Damit es nun aber nicht in der bloßen Willkühr des Proconsuls stehen möchte, dem Legaten auch die Befugniß desjenigen zu entziehen, was er doch nicht dem Auftrage des Proconsuls, sondern der Gnade des Kaisers zu verdanken hatte, so durfte der Wiederruf nicht ohne des letztern Vorwissen und Genehmigung geschehen. Der Grund, den van Bynkershök [88]) von der Würde eines Legati Proconsulis hernimmt, ist von keinem sonderlichen Gewicht. Denn die Revocation des Auftrags war an sich keine Beleidigung, indem auch vornehmere Obrigkeiten, denen die Verwaltung der Jurisdiction von einem römischen Magistrat war übertragen worden, sich dieselbe gefallen lassen mußten [89]).

Das heutige Recht weicht in dieser Lehre von dem römischen in verschiedener Hinsicht sehr ab. Denn so kann heuti-

eigenem Rechte gebührte, anders nicht habe ausüben können, als wenn ihm der Proconsul die Jurisdiction übertragen hatte. S. VINNIUS de iurisdictione Cap. VIII. §. 2. NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. c. 1. OOSTERDYK in Diss. ad fragmenta Venuleji Saturnini de offic. Proc. Cap. III. §. 1. pag. 491. sq. und vorzüglich *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 15. pag. 440. sqq.

88) Observat. I. R. lib. VI. c. 23.

89) SUETONIUS in Caesar. cap. 7. und CAPITOLIN. in Marco cap. 12.

heutiges Tages nicht nur dasjenige, was zur iurisdictio voluntaria gehört, sondern auch sogar die ganze peinliche Gerichtsbarkeit andern zur Verwaltung aufgetragen werden[90]). Nur erfordert die peinliche Gerichtsordnung Carls V.[91]), daß dem Auftragenden die peinliche Gerichtsbarkeit seiner Güter wegen, mithin erb- und eigenthümlich, zustehe, und der Gerichtsherr die Fähigkeit, sie selbst zu verwalten, nicht habe, auch daß zur Verwaltung derselben ein tüchtiges Subject mit Vorwissen des Oberrichters bestellet werde. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten[92]) versichern, das heutiges Tages auf diese gesetzlichen Einschränkungen nicht mehr durchaus gesehen werde, sondern dem Gerichtsherrn schlechterdings und auch ohne Vorwissen seines Oberrichters erlaubt sey, zur Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit einen Gerichtshalter zu bestellen, wenn er nur bey der Wahl desselben die nöthige Vorsicht beobachte. Allein da diese vorgegebene Observanz einer klaren gesetzlichen Vorschrift zuwider, und überdem noch unerwiesen ist, so dürfte wohl jene Meinung noch grossem Zweifel unterworfen seyn. Es ist nun übrigens bey der Frage, wie weit es einer Gerichtsobrigkeit heutiges Tages erlaubt sey, die ihr zustehende Jurisdiction von andern in

90) STRYK in us. mod. Pandect. Tit. de officio eius, cui mand. est iurisd. §. 5. und *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. Lib. II. Tit. I. §. 12.

91) Art. 2.

92) STRYK cit. loc. BRUNNEMANN in process. inquisit. Cap. III. nr. 51. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. II. §. 1. pag. 27. Quistorp Grundsätze des T. peinlichen Rechts 2. Th. 9. Abschn. §. 564. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 28. u. a. m.

in ihrem Namen ausüben zu lassen, ein Unterschied zwischen der patrimonial und administratorischen Gerichtsbarkeit zu machen. Da die erstere, als eine Zubehörung des Gutes, an welchem sie klebt, meist solchen Besitzern zusteht, die weder Zeit noch Fähigkeit haben, sie selbst zu verwalten, so kann dieselbe sowohl überhaupt als auf gewisse Fälle andern zur Verwaltung aufgetragen werden [93]). Diejenigen, welche von solchen Gerichtsherren zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit überhaupt bestellet werden, heissen Gerichtshalter oder Justiziarien [94]). Sie müssen nach vorhergegangener öffentlichen Prüfung ihrer Rechtskenntnisse, auf die Justizpflege beeidiget werden [95]), und sind daher in dieser Hinsicht so gut, wie Staatsbeamte zu betrachten, da sie vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters verwalten [96]). Ein Gerichtsherr, der ohne obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung einen Gerichtshalter für sich allein bestellt, setzt sich

93) *Gothofr.* BARTH Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per officiales exercere solent. *Lipsiae* 1698. *Christ.* SPECHT de praefectis nobilium iudiciis. *Vitemb.* 1737.

94) Nettelbladts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit 1. Th. 2. Abschn. 3. Tit. S. 41. folg.

95) Daß die Verpflichtung eines Justiziars in Gegenwart der Gerichtsunterthanen geschehe, ist nicht erforderlich, wenn es nicht die Landesgesetze vorschreiben, wie z. E. das Preuß. Landrecht 2. Th. 17. Tit. §. 78.

96) ENGELBRECHT Obsservat. 34. *de* SELCHOW Element. iuris german. privati hodierni §. 291. Lobethans Lehre von der Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Abschn. §. 7. Hr. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts 4. Buch. 2. Hauptst. §. 706.

sich nicht nur, in soferne seine Wahl auf ein unmächtiges Subject gefallen ist, der Verantwortung aus, sondern muß auch für dasjenige, was von seinem Justitiarius geschehen, haften, und dessen Handlungen vertreten[97]). Mit der persönlichen oder Amtsgerichtsbarkeit verhält es sich anders. Denn da diese nur solchen Personen vom Staat verliehen wird, welche die Fähigkeiten und Eigenschaften eines Richters haben, so ist es solchen Richtern in der Regel nicht erlaubt, die Verwaltung ihrer Gerichtsbarkeit einem andern zu übertragen, ausser in Ansehung einzelner dazu gehöriger Geschäfte, und überdem muß hierzu, wo möglich, kein andrer, als eine Person desselben Gerichts, genommen werden[98]). Eine solche Person, welcher von dem eigentlichen Richter ein Geschäft aufgetragen wird, das zu seiner Gerichtsbarkeit gehört, wird ein Gerichtsdeputirter genennt[99]). Von diesen müssen die Justizcommissarien oder delegirten Richter, von denen oben (§. 197.) gehandelt worden ist, wohl unterschieden werden[100]). Denn diese werden von dem unmittelbar

97) Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 85. §. 2. a. C. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. 680. medit. 32. et 33. GREEN Progr. de obligatione domini iurisdictionis ad praestanda facta actuarii. BARTH am angef. Orte §. 9. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 4. Th. S. 376.

98) *de* BOEHMER in Meditat. ad Art. 1. Const. Crim. Carol. §. 1. init. HANNESEN de iurisdictione §. XXIX. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. 1. Not. 9. Lobethan a. a. O. §. 7. S. 25.

99) Nettelbladt in der angef. Anleitung §. 71.

100) *Volkard* MEYER Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi* 1783.

selbar bestellt, welcher die Justizhoheit hat, und üben in der ihnen aufgetragenen Civiljustizsache eine iurisdictionem propriam aus. Ihre Gerichtsbarkeit ist also mit der Jurisdiction des committirenden Oberherrn nicht ein und eben dieselbe, sondern der letztern subordinirt, welches im Falle einer gegen das Urtheil des Commissarius etwa einzuwendenden Appellation eine Sache von Wichtigkeit ist. Dahingegen ist die Jurisdiction, welche der Gerichtshalter verwaltet, mit der Gerichtsbarkeit des Gerichtsherren eben dieselbe, daher von jenem an diesen kein Recurs Statt findet, sondern an desselben Oberrichter appellirt werden muß [1]). Ob und in wie fern ein commissarischer Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren habe? ist eine Frage, welche von den Rechtsgelehrten nicht auf einerley Art entschieden wird. Die verschiedenen Meinungen der ältern Rechtsgelehrten prüft Kurger Kulant [2]). Unter den neuern behauptet Leyser [3]), daß einem landesherrlichen Commissarius die Freyheit zu subdelegiren ohne Einschränkung zustehe, und glaubt, daß nicht nur das römische, sondern auch das canonische Recht seine Meinung begünstige [4]). Allein die Vorschriften des römischen Rechts lassen sich wegen der veränderten heutigen Gerichtsverfassung auf unsere Commissarien nicht anwenden. Eben so wenig auch die angeführte Verordnung des canonischen Rechts. Denn diese beziehet sich bloß auf die delegatos papales, denen ihrer

1) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 13.

2) in Tract. de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 5. pag. 135.

3) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVIII. med. 1.

4) *L. 5. Cod. de iudiciis, L. un. Cod. Qui pro sua iurisdict. cap. 27. pr. X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

ihrer geistlichen Dignität wegen die Subdelegation gestattet ist [5]), welcher Grund bey andern Commissarien aber nicht Statt findet [6]). Es ist daher heut zu Tage vielmehr als Regel festzusetzen, daß ein commissarischer Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren, nicht habe, ausser wenn beyde Partheyen in die Subdelegation willigen, oder der committirende Oberherr dem Commissarius diese Gewalt ertheilet hat [7]). Denn dies bringt die Natur eines solchen Auftrags mit sich, bey welchem auf den besondern Fleiß und Geschicklichkeit des Commissarius Rücksicht genommen ist [8]). Zuweilen wird jedoch die Befugniß zu subdelegiren für stillschweigend verstattet angenommen; nämlich 1) wenn der Commissarius eine solche Person ist, welche ihr Stand zur Subdelegation berechtiget. Dahin gehören erlauchte Personen, es ist z. B. einem Reichsstande vom Kaiser eine

5) *Cap. 11. pr. de Rescript. in 6to.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 198. sqq.

6) Man vergleiche *Io. Ge.* ENGELHARDT Diss. de commissionibus. (*Bambergae* 1774.) §. 46. *Mich. God.* WERNHERI lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 75. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Digesta Tom. I. Fasc. II. Obs. 122.

7) Hiermit stimmen überein *Iust. Henn.* BOEHMER in iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 14. u. 15. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VII. §. 247. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 61. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 33. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaest. XIII. not. t. u. d. m.

8) *Cap. 42. de offic. et potest. iudic. deleg. in 6to. cap. 43. pr. et §. 1. X. eod.*

Justizsache committiret worden; ferner päbstliche Delegaten. 2) Wenn einem ganzen aus mehreren Personen bestehenden Gerichte, oder einer andern moralischen Person ein solches Geschäft aufgetragen ist, welches nicht wohl anders als von einer einzelnen Person, oder von subdelegirten einzelnen Mitgliedern ausgerichtet werden kann, z. E. eine Besichtigung, ein Zeugenverhör u. dgl. und 3) wenn die Commission einem solchen ertheilt worden ist, der eine erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit hat, und sie nicht selbst verwaltet. Man behauptet auch 4) daß wenn der Commissarius nicht zur ganzen Sache, sondern nur zu einem dabey vorkommenden einzelnen Geschäft bestellet worden ist, und dieses eben keine besondere Geschicklichkeit und Rechtskenntniß erfordert, die Subdelegation dem Commissarius erlaubt sey, wenn er selbst an der Ausrichtung desselben verhindert wird [9].

Zuletzt ist noch kürzlich zu zeigen übrig, wie sich die IURISDICTIO DELEGATA und MANDATA nach heutigen Rechten endige? Erstere hört auf 1) durch Endigung des aufgetragenen Geschäfts. 2) Durch Wiederruf des ertheilten Auftrags, welcher zwar dem committirenden Oberherrn schlechthin, dem subdelegirenden Commissar aber nicht anders zusteht, als wenn er sich die Revocation vorbehalten hat, oder diese erfolgt, wenn noch res integra ist, d. i. ehe noch der subdelegirte Commissär das ihm aufgetragene Geschäft auszurichten angefangen hat [10]. Der Wiederruf kann

9) S. BOEHMER in Iur. eccl. Prot. a. a. O. §. 15. und MÜLLER in cit. Observat. pract. ad *Leyserum* cit. loc. pag. 26.

10) *Cap. 6. et 7. de offic. et potest. iud. del. in 6to.*

kann zuweilen auch stillschweigend geschehen, wenn der Obere dieselbe Commission einem andern aufträgt [11]. 3) Wenn der Commissarius aus erheblichen Ursachen die Commission niederlegt; oder derselbe 4) als verdächtig recusirt worden ist [12], oder 5) mit Tode abgegangen ist, es sey denn, daß eigentlich einem Amte der Auftrag geschehen, in welchem Falle der Nachfolger in demselben die Commission behält [13]. Die Commission endiget sich 6) durch den Tod des Committenten, in soferne derselbe erfolgt, ehe noch der Commissarius sich der Sache unterzogen hat [14]. Was hiernächst die IURISDICTIO MANDATA anbetrift, so hat zwar die Regel, daß dieselbe auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung, aufhöre [15], überhaupt auch heutiges Tages ihre Richtigkeit, jedoch ist sie in Ansehung der Justiziarien nicht ohne Ausnahme. Denn so hebt 1) der Tod des Gerichtsherrn die Vollmacht seines Gerichtshalters nach der Meinung der heutigen Rechtsgelehrten nicht schlechterdings auf, sondern dieser setzt die Gerichtsverwaltung gültig fort, bis die Erben seines verstorbenen Principals eine Aenderung vorzunehmen berechtiget sind [16]. Schon das römische Recht macht bey erfolgtem Tode desjenigen, der die Jurisdiction mandirt hat, die Ausnahme, nisi

11) *Cap. 28. §. 2. X. eod.*

12) Hofmanns teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1212.

13) *Cap. 14. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

14) *Cap. 19. 20. 30. X. eod. Cap. 6. eodem in 6to.*

15) *L. 6. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de offic. Proconf.*

16) HOMMEL in Rhapsod. quaestionum forens. Vol. I. Obs. 61. nr. 1. ZOLLER Observat. singular. ad Pandect. Lib. I. Tit. VIII. et Lib. II. Tit. I. Obs. 2.

nisi res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum LABEO ait[17]); wovon der wahre Grund unstreitig in der eigenen Natur der römischen Litiscontestation zu suchen ist[18]). Denn diese hatte die besondere Wirkung, daß der angefangene Rechtsstreit bey dem Richter, auf welchen die Partheyen durch die Litiscontestation einmal compromittiret hatten, nach der Regel des Marcellus[19]): ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, geendigt werden mußte, und daher die Person dieses Richters nicht mehr geändert werden konnte[20]). Allein da das römische Recht doch immer nur eine persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, mithin die durch die Litiscontestation bewirkte Perpetuirung derselben in der Person des Mandatarius sich lediglich auf die Rechtssache einschränkt, in welcher es bey Lebzeiten des Mandanten unter den Partheyen schon zur Litiscontestation gekommen war[21]); so giebt uns nun die Natur der Patrimonial Gerichts-

17) *L. 6. D. de iurisdict.*

18) *L. 16. D. de Procurator.*

19) *L. 30. D. de iudiciis.*

20) *L. 12. Cod. de iudic. Nov. LIII. cap. 3.* S. *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure vet. ac hod. (*Lipsiae* 1751.) Sect. II. §. 6.

21) Daher geben verschiedene Rechtsgelehrten die Regel: *In caussis pendentibus recte procedit mandatarius, nec novo mandato, ab heredibus mandantis exspectato, indiget;* und behaupten, daß heutzutage die iurisdictio mandata schon durch die blose Citation perpetuirt werde, jedoch nur in ea litis specie, in welcher der Mandatarius die Ladung erlassen hat. S. HÄNNESEN in Diss. de iurisdictione §. 31. STRUV in Evolution. controversiar. Lib. I. Tit. XI. Thes. XLIII. Qu. 3.

richtsbarkeit ein bündigeres Argument zur Unterstützung jener Meinung. Denn da diese, als eine Realjurisdiction, mit dem Tode des letztern Gutsbesitzers nicht aufhört, sondern mit dem Eigenthume des Gutes, dem sie beygelegt ist, auf jeden folgenden Besitzer übergeht, so endiget sich auch die davon abhangende iurisdictio mandata mit dem Tode des Gerichtsherrn nicht von selbst, sondern der einmal bestellte Gerichtshalter continuirt sie ohne Bedenken. Denn die Regel: accessorium sequitur naturam principalis, findet auch hier ihre Anwendung. Daher erkannte die Leipziger Juristenfacultät beym Hommel[22]) ganz richtig, daß ein dem Gerichtshalter nach dem Tode seines Gerichtsherrn übergebenes Testament für rechtsbeständig zu halten sey. 2) Kann auch ein Erbgerichtsherr den angestellten Justiziarius nicht nach seiner Laune, und ohne eine hinlängliche Ursache seines Amtes entsetzen. Leyser[23]) behauptet zwar, daß derjenige, der die Verwaltung seiner Gerichtsbarkeit einem andern aufgetragen, diesen Auftrag zu aller Zeit, auch ohne alle rechtmässige Ursache, zurücknehmen könne. Allein es lassen sich hier die Grundsätze des Röm. Rechts vom Widerruf des Auftrags nicht wohl anwenden, wie schon oben gezeigt worden ist. Justiziarien sind vielmehr eben so, wie Staatsbeamte zu betrachten, da sie vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters, folglich ein fortdauerndes mit dem öffentlichen Wohl unmittelbar zusammenhängendes Geschäft verwalten. Es treten daher bey ihnen die nämlichen Gründe ein, die von der Dienstentlassung landesherrlicher Beamten gelten. So wenig nun

22) am angef. Orte Vol. I. pag. 79.

23) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. Coroll. 3.

nun ein Staatsbeamter vom Landesherrn ohne rechtmäßige Ursache dimittirt werden kann, eben so wenig steht es in der Willkühr des Erbgerichtsherrn, ihren angestellten Justiziar ohne rechtmäßige Ursache zu dimittiren [24]). Auch selbst die Clausel der vorbehaltenen Aufkündigung, oder so lang es uns gnädigst gefällig ist, berechtiget zu keinem willkührlichen Widerruf, sondern nur soweit das arbitrium boni viri den Widerruf gestattet [25]), obwohl freylich mehrere Rechtsgelehrte [26]) hierin anderer Meinung sind.

§. 209.

24) S. Kleins Annalen der Gesetzgeb. und Rechtsgelehrs. in den Preuß. Staaten. 1. Band. Nr. LXVI. S. 299. folgg. *Sebast.* MALACORD Diss. de publicis officiis absque iusta causa eiusque legali cognitione non auferendis. *Goettingae* 1788. Versuch über die Frage: ob ein Herr seinen verpflichteten Beamten ohne Ursache seiner Dienste entsetzen oder entlassen könne? Regensburg 1791. 8. Bischofs Handbuch der teutschen Canzley-Praxis 2. Th. §. 99—104. *Frid. Wilh.* ENGLER Diss. de muneribus publicis iustitiae sacerdotibus absque iusta causa non auferendis. *Lipsiae* 1794. §. 8. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 36. et Tom. III. cap. 61. und *Chr. Dav.* ERHARD Diss. de administratore iurisdictionis patrimonialis munere suo, indicta causa, haud privando. *Lipsiae* 1801.

25) ENGLER cit. Diss. §. 5. besonders Graf von Schulenburg über die Schädlichkeit der Aufkündigungsclauseln in den Bestallungen der Justizbeamten auf den adelichen Gütern, in Häberlins Staatsarchiv 4. Band. 14. Heft. Nr. 3.

26) *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de iure principis circa dimissionem ministrorum cap. 2. und HANNESEN cit. Diss. §. 31.

§. 209.

Ueber das Edictum de albo corrupto und desselben heutigen Gebrauch.

Eine römische Magistratsperson pflegte die bey Verwaltung ihrer Jurisdiction, zu befolgenden Rechtssätze durch Anschlag oder Ausstellung bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung geschahe ehemals auf hölzernen Tafeln (in albo [27]); in den neuern Zeiten aber auch auf einer andern Materie. Wer einen solchen öffentlichen Anschlag der Obrigkeit beschädigte oder wegnahm, wurde mit einer Geldsumme von 500 aureis bestraft, die jeder Römer einfordern konnte, der den Thäter bey der Obrigkeit anzeigte [28]). Heineccius berechnet die Strafe nach unserm Gelde auf

2625

27) Woher der Name ALBUM entstanden sey, untersucht *Io. Dan.* RITTER in praefat. Tomi IV. Codicis Theodos. Sonderbar ist die Muthmassung des HEINECCIUS in Opusc. postum. de historia Edictorum Lib. I. Cap. II. §. 6. daß der Prätor seine Edicte an die Wände seines Tribunals mit schwarzen Buchstaben geschrieben habe. Allein schon *Io.* CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 6. hat gegen diese Meinung, die auch Accursius behauptete, gründlich erinnert, daß nach *L. 7. §. 5. D. de iurisdict.* auch derjenige mit gleicher Strafe zu belegen sey, *qui tollit, quamvis non corruperit.* Dies läßt sich nun zwar wohl von einer hölzernen Tafel, aber nicht von einer Mauer oder Wand annehmen.

28) *L. 7. D. de iurisdict.* Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod, prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. Einen schönen Commentar über dieses römische Edict findet man in HEINECCII Opuscul. postum. Tom. II. pag. 322.

2625 Reichsthaler, eine Strafe, die ziemlich unverhältnißmässig zu seyn scheint, wenn man nicht dabey die Majestät einer römischen Magistratsperson, und überhaupt den grossen Reichthum der Römer in Anschlag bringt. Es ist daher nicht nöthig, mit Duaren[29]) quinquaginta aureorum zu lesen, da, wie Cujaz[30]) schon bemerkt hat, mit der gemeinen Leseart: *quingentorum aureorum* die Florentinische und die Basilica übereinstimmen. Gegen mehrere Theilnehmer dieser Frevelthat hatte die actio de albo corrupto *in solidum* Statt[31]). Ein jeder mußte die ganze Strafe bezahlen, denn jeder hatte die Majestät des Prätors beleidiget, mithin konnte die Bezahlung des einen die übrigen nicht befreyen[32]). Verschiedene Rechtsgelehrten nehmen noch heutiges Tages eine *actionem de albo corrupto utilem* an, welche auf eine willkührliche Bestrafung gehen soll[33]); allein vergeblich. Denn wer heut zu Tage an obrigkeitlichen Anschlägen sich vergeht, wird willkührlich mit Gelde oder Gefängniß bestraft. Es wird auch deshalb keine besondere Klage wider den Thäter angestellt, sondern wer diesen weiß, zeigt

29) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 48.

30) Observat. iur. Rom. Lib. X. cap. 10.

31) *L. 7. §. fin. D. h. t.* COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 27. behauptet, diese Geldstrafe sey zwischen dem Kläger und dem Fiscus getheilt worden; allein diese irrige Meinung hat schon *Reinh.* BACHOVIUS ab ECHT in Notis et Animadvers. ad Treutlerum Disput. IV. Thes. IX. lit. B. widerlegt.

32) *L. 8. u. 9. D. h. t.* COCCEJI cit. loc. Quaest. 26. *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris lib. I. cap. 79. et 80.

33) SCHILTER in praxi Iur. Rom. Exerc. VI. Th. 24. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. fin. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 28.

zeigt ihn der Obrigkeit an, und überläßt das Uebrige ihrer weitern Verfügung[34]). Ja sie kann und muß die Sache von Amts wegen untersuchen, wenn gleich deshalb keine Anzeige geschieht. Die dem Thäter aufgelegte Geldstrafe wird heutiges Tages nie dem Denuncianten zu Theil[35]), sondern gehört der Obrigkeit, als ein Vortheil ihrer Jurisdiction[36]).

34) Hierin stimmen überein *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu actionum poenalium Iuris Rom. in foris German. Cap. III. §. 3 — 5. *I. H.* BOEHMER in doctrina de actionibus Sect. II. Cap. XI. §. 32. sq. *Io. Mich.* WERNHER Commentat. lectiss. ad Pandect. h. t. §. 35. pag. 90. und EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. cit. Quaest. not. t. Tom. I. pag. 187.

35) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 4. Th. 4. not. ult.

36) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4050. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1115.

Lib. II. Tit. II.

Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur.

---

§. 210.

Erläuterung dieſes Edicts. Urſprung und Veranlaſſung deſſelben.

Eine römiſche Magiſtratsperſon hatte, wie bekannt, auch ſogar die Gewalt durch ihre Edicte neue Rechtsſätze einzuführen, nämlich ſolche, die eine vernunftmäßige Anwendung der Geſetze nothwendig machte. Marcian[37]**) nennt in dieſer Rückſicht das** ius honorarium **mit Recht die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts oder den Geiſt der Geſetze. Wenn jedoch eine obrigkeitliche Perſon aus Partheylichkeit von ihrem ordentlichen Edicte abwich, und einen neuen unbilligen Rechtsſatz** (novum ius[38]) **auf-ſtell.**

37) *L. 8. D. de Iuſt. et Iure.*

38) *L. 3. pr. D. h. t.* In eben dem Verſtande nennt TACITUS *Annal. lib. II. c. 30.* den K. Tiberius einen novi iuris repertorem. Warum man ein unbilliges Recht IUS NOVUM genennt habe, erklärt DUARENUS Diſputat. anniverſar. lib. I. cap. 49. folgendermaſſen: *Novum autem ius ideo iniquum habetur, quia id ius, quod vetuſtas comprobavit, certum eſt fere non minus, quam lex aliqua. In quo iure maximam partem eorum verſari, quae praetores edicere conſueverunt, auctor eſt* CICERO *lib. 2. de inventione.* Allein NOVUM hieß dieſes unbillige Recht wohl nur darum, weil es von derjenigen Regel abwich, die ein Magiſtratus beym Antritt ſeines Amtes durch öffentlichen Anſchlag bekannt machte.

stellte, so mußte sie solchen zur Strafe auch gegen sich als anwendbar erkennen. Dies ist der eine Theil der Verordnung: Quod quisque iuris in alterum statuerit. Aus einer Stelle des Cicero [39]) läßt sich nicht undeutlich schließen, daß dieses Edict schon zur Zeit der freyen Republik [40]) gegolten, und vielleicht mit dem bekannten Cornelischen Gesetz vom Jahr 686. *ut Praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*, einerley Veranlassung gehabt habe [41]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so beweißt doch wenigstens die Aufnahme dieses und des vorigen Edicts in das Edictum perpetuum, aus welchem beyde in unsere Pandecten übergegangen sind, daß die Prätoren und übrige

Magi-

39) *in Epist. ad Quintum Fratr.* Lib. I. ep. 1.

40) S. *Car. Gottl.* KNORRE in Progr. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum statuerit etc. origine atque usu apud veteres. *Halae* 1736. *Dan. Frid.* HOHEISEL Diss. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum etc. iniquitate et non usu. *Halae* 1724. §. 19. *Quirin. Gottfr.* SCHACHER Epistol. ad *Iac. Henr.* BORNIUM de aequitate edicti, quod quisque iuris etc. *Lipsiae* 1739. 4. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 1. und HEINECCIUS in Opuscul. postum. de histor. edictor. T. II. pag. 328. Anderer Meinung ist jedoch *Io. Aug.* BACH in Histor. iurispr. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 3. §. 7.

41) Die sehr partheyische Justizverwaltung einiger Prätoren, z. B. eines Verres, dessen Ungerechtigkeiten Cicero's Reden gegen ihn beurkunden, haben unstreitig zu jenen Verfügungen den Hauptbeweggrund gegeben. In Cicero's Klagen stimmt auch DIO CASSIUS lib. XXXVI. *histor. Rom.* ein. Man vergleiche *Ez.* SPANHEMII Orbis Rom. Exercit. II. cap. 8. und *Io. Gottl.* HEINECCII Opusc. postum. de histor. Edictor. Lib. II. Cap. I. §. 5. u. folgg.

Magistratspersonen das Recht, neue Edicte zu machen, durch das edictum perpetuum keinesweges verlohren hatten[42]). Das Edict bestrafte jedoch nicht bloß die vorsetzliche Partheylichkeit der obrigkeitlichen Person, (dolum ius dicentis) welche den unbilligen Rechtsspruch gegeben, sondern auch die Parthey selbst, die denselben ausgewirkt hatte. Denn auch diese mußte ihn gegen sich selbst, als Recht, gelten lassen. Jedoch hatte diese Strafe anders nicht Statt, als wenn der Gegentheil des magistratus, falls dieser etwa künftig, nach niedergelegtem Amte, von irgend jemand in einer ähnlichen Sache belangt wurde, oder der Gegentheil der Parthey, die das unbillige Recht von jener Obrigkeit erhalten, er sey, wer er wolle, auf der Anwendung derselben bestand[43]). Außerdem blieb das Edict ohne Wirkung[44]). Daß die Strafe, wie Ulpian lehrt[45]), auf

42) Ganz überzeugend hat dieses *Herm.* NOORDKERK in Observation. decade (*Amstelod.* 1731. 8.) Cap. VIII. pag. 160. sqq. dargethan.

43) Die Worte des Edicts, so wie sie ULPIANUS *lib. 3. ad Edictum*, woraus *L. 1. h. t.* entlehnt ist, aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit: ipse, quandoque adversario postulante, eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris obtinuerit; quandoque postea adversario eius postulante, eodem iure adversus eum decernetur. Einen Commentar hierüber liefern *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digest. h. t. und HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 326.

44) NOODT a. a. O. Oper. Tom. II. pag. 51.

45) *L. 3. §. 5. D. h. t.* Ueber diese Stelle sind *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis prim. Dig. h. t. §. 6. zu vergleichen.

auf die Erben gehet, und auch diesen die Klage abgesprochen werden kann, welche ihr Erblasser nach dem Rechte der Wiedervergeltung verlohren hat, ist nichts besonderes, da hier von keiner Pönalklage die Rede ist, und der Erbe überhaupt die Handlungen seines Erblassers, mit welchem er für eine Person gehalten wird, zu vertreten hat. Allein merkwürdiger ist es, wenn eben dieser Rechtsgelehrte sagt, daß auch sogar der Bürge auf Verlangen des Gläubigers, von welchem er belangt worden ist, seiner bestens gegründeten Einrede verlustig erkannt werden könne, wenn der Hauptschuldner die Strafe des Edicts verwirkt hat, weil er gegen seinen Schuldner das unbillige Recht erhielt, daß desselben rechtmäßige Exception verworfen worden, wenn gleich der Bürge bey dem gänzlichen Unvermögen des Schuldners keine Entschädigung von diesem zu erwarten hätte[46]). Man setze also, A. habe seinem Schuldner B. die Schuld erlassen, belange ihn aber dennoch darauf. Der Beklagte setzt zwar exceptionem pacti entgegen. A. aber erlangt das ius iniquum, daß jene Einrede verworfen wird. Nun wird A. wieder aus einer Schuld belangt. Er setzt der Klage exceptionem pacti de non petendo entgegen. Vermöge des Edicts: *quod quisque iuris* muß diese Einrede auf Verlangen des Klägers verworfen werden. Auch wenn sich C. für den A. verbürgt hätte, und belangt würde, so kann er sich mit jener Einrede nicht schützen, ob er gleich an der Erschleichung des unbilligen Rechts keinen Theil genommen hat, und obgleich der Hauptschuldner insolvent ist.

 Gesetzt

46) *L. 3. §. 3. D. eod.* Conf. *Henr.* HAHN in Obſervat. theor. pract. ad WESENBECII Comm. in Digeſta h. t. Nr. II. ad verb. *pro quo ſpopondiſti.*

Gesetzt aber, der Bürge hätte einmal jenes ius iniquum zu erhalten gewußt, und der Hauptschuldner würde jetzt belangt, so kann zwar dieser sich der exceptionis pacti bedienen, und das Edict steht ihm nicht entgegen; wird hingegen der Bürge, als Bürge belangt, so kann er sich auf das pactum nicht berufen, und hat auch, wenn er bezahlt, keinen Regreß gegen den Hauptschuldner.

§. 211.

Heutiger Gebrauch dieses Edicts.

Ob dieses Edict noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, die von einigen Rechtsgelehrten bejahet[47]), von den meisten aber verneinet wird[48]). Der erstern Meinung tritt auch Hellfeld bey. Allein wenn gleich überhaupt nicht geläugnet werden kann, daß der Grund der Billigkeit, dasjenige, was man gegen einen andern für Recht erkannt hat, auch gegen sich selbst als Recht gelten zu lassen, noch heutiges Tages Statt findet; so ist doch eines Theils keine vollkommene Rechtsanalogie zwischen einem römischen magistratus, qui novum ius statuit, und einem heutigen Richter, der aus Gunst oder Feindschaft vorsätzlich ungerecht verfährt, vorhanden, andern Theils aber ist es auch nicht nöthig, zu einem Rechtsmittel der Billigkeit seine Zuflucht zu

47) Z. B. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med. 3. COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 2. STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. 2. u. a. m.

48) *Ge.* BEYER in posit. ad Pand. h. t. *Gottl. Ger.* TITIUS ad Lauterbachium obs. 41. *Christ.* THOMASIUS in Not. ad Pandect. h. t. *Mich. God.* WERNHER in Comment. ad Pandect. h. t. §. 1. u. a. m.

zu nehmen, wo die bürgerlichen Gesetze schon andere wirksamere Rechtsmittel geben. Dahin gehören die actio in factum adversus iudicem, qui litem suam facit, oder actio male iudicati, oder actio ex syndicatu, von denen ich lib. L. Tit. XIII. handeln werde. Die durch das ungerechte Urtheil des Richters beschwerte Parthey kann ja auch appelliren; oder ihre Beschwerden über das partheyische Verfahren des Richters bey dem Obern anbringen[49]). Noch weniger Beyfall kann demnach diejenige Meinung verdienen, nach welcher eine actio utilis aus diesem Edict auch sogar gegen einen Rechtsgelehrten Statt finden soll, der vorsätzlich einen bösen Rath ertheilt hat[50]). Die *L.* 2. *D. h. t.*[51]) worauf man sich beruft, giebt keinen hinreichenden Grund für diese Meinung. Denn nach derselben soll die Obrigkeit außer aller Verantwortung seyn, wenn bloß die Unwissenheit des Beysitzers daran Schuld ist, daß sie nicht nach dem gehörigen Rechte gesprochen hat. Dieses soll, wie Paulus sagt, nicht ihr, sondern bloß dem Beysitzer schaden[52]). Allein von einem Gerichtsbeysitzer

 läßt

49) Eben so urtheilt Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. w. Tom. I. pag. 190.

50) S. BACHOVIUS in Not. et Animadverf. ad *Treutlerum* Disp. IV. Th. IX. lit. F. ad verb. *in propria causa eo consilio stare.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 2. h. t. nr. 3. und COCCEJI cit. loc. not. wo er sagt: *Utilis quoque actio ex hoc edicto datur contra ICtos, qui, causa rite proposita, dolose consuluerunt.*

51) PAULUS. — Hoc Edicto dolus debet ius dicentis puniri. Nam si Adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit, quam oportuit: *non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi Adsessori.*

52) *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. h. L. zweifelt überhaupt noch daran, ob die Worte *sed ipsi Adsessori* ächt sind; weil das Edict,

läßt sich nicht schlechthin der Schluß auf jeden andern Rechtsconsulenten machen. Gegen diesen hat die actio doli Statt, wenn er mir betrügerischer Weise einen üblen Rath ertheilt hat. Ulpian sagt dieses deutlich *lib.* 30. *ad Edictum*[53]: Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: caeterum si dolus et calliditas intercessit, *de dolo actio* competit[54].

§. 212.

Unterschied des heutigen Retorsionsrechts von jenem römischen Edicte: *quod quisque iuris* etc. Begriff und wahrer Grund der Retorsion; Unterschied zwischen dieser und den Repressalien.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch des prätorischen Edicts: quod quisque iuris etc. zu vertheidigen suchen, meinen den Grund des heutigen Tages

Edict, so wie es Ulpian *L. 1. h. t.* darstellt, nur den magistratum ius iniquum statuentem, und die Parthey, welche darum angesucht hat, straft. Allein an der Aechtheit selbst ist wohl nicht zu zweifeln, wenn man dasjenige lieset, was BACHOVIUS ad Prota Pandectar. h. t. und HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. I. cap. 8. nr. 11. gegen Anton Faber erinnert haben.

53) *L. 47. pr. D. de div. reg. iuris.*

54) Mit mir stimmt überein *Ge. Ad.* STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. Aphor. VII. nr. 6. Siehe auch Joh. Ulr. Cramers Abhandl. vom bösen Rathe. 2te Abhandl. §. 1. u. 2. Hat ein Rechtsconsulent durch seine Unwissenheit geschadet, so kann er actione in factum belangt werden. Conf. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVIII. Th. VIII. lit. D. LAUTERBACH Comm. de consiliis eorumque iure. P. II. cap. I. Th. 6.

ges üblichen Retorsionsrechtes in demselben gefunden zu haben. Kein Wunder, wenn daher unter diesem Pandecten Titel eine Lehre erscheint, die vielleicht im Natur- und Völkerrechte einen bessern Platz behaupten würde. Allein wie weit man hierin den wahren Gesichtspunct verfehlt hat, aus welchem die heutige Retorsion der Rechte zu betrachten ist, und auf was für inconsequente Folgerungen man hierdurch gerathen, wird einem jeden in die Augen leuchten, der über den Begriff und wahren Grund der heutigen Rechtserwiederung nur ein wenig nachdenkt, und solche mit jenem prätorischen Edicte vergleicht. So verschieden nun auch die Begriffe sind, die sich die heutigen Rechtsgelehrten vom Retorsionsrechte machen, indem sie bald diese bald jene Bestimmung für wesentlich halten, welche zur Substanz dieses Rechts nicht gehört, so kommen sie doch darin mit einander überein, daß die Retorsion der Rechte dasjenige rechtliche Mittel sey, vermöge dessen das verschiedene und beschwerliche Recht eines gewissen Staats oder Orts wider desselben Bürger und Einwohner in einem andern Staat oder Orte unter Auctorität der höchsten Staatsgewalt zur Anwendung gebracht wird [55]). Der wahre Grund derselben

 ist

55) Ausser den von unserm Verfasser in der Not. t. bereits angeführten Schriften, verdienen noch folgende bemerkt zu werden: *Io. Christph.* WEINLAND de retorsione iurium, in Desselben *Otio academico hyemale; Francisc.* ALEF Dissert. de legum retorsione, in Desselben *Diebus academicis sive Opusculis.* (Heidelbergae 1753. 4.) Diss. VI. *Vincent.* OLDENBURG Diss. de retorsione iurium, praecipue in causis cambialibus. *Goettingae* 1780. 4. und *Christph. Iac.* SCHMIDMER Specim. inaug. sistens

ist natürliche Billigkeit; ihr Zweck Erhaltung wechselseitiger Gleichheit unter gleichen Bürgern verschiedener Länder, wenn außerdem Schade für die Bürger unseres Staats daraus entstehen würde. Die bloße Verschiedenheit der Rechte kann daher dieselbe rechtfertigen, und es ist gar nicht nöthig, daß die Gesetze des andern Staats einen Unterschied zwischen Einheimischen und Auswärtigen machen, wofern nicht etwa die besondern Gesetze des retorquirenden Staats als Bedingung voraussetzen, daß in dem Staat, gegen dessen Bürger das Retorsionsrecht ausgeübt werden soll, von den sonst daselbst geltenden Rechten, zum Nachtheil der Fremden, eine unbillige Ausnahme gemacht worden sey[56]. Ich kann daher denjenigen Rechtsgelehrten nicht beypflichten, welche zur Ausübung des Erwiederungsrechts eine unbillige und ungleiche Behandlung der Auswärtigen im Verhältniß zu den Einheimischen für schlechterdings nothwendig halten[57]; genug, wenn die Verschiedenheit der Rechte des andern Staats unsern Bürgern wirklich nachtheilig und beschwerlich ist, oder werden kann[58]. Eben dieses

sistens observationes miscellas de retorsione iuris. *Altorfii* 1787. 4.

56) Beyspiele geben *Codex Maximil. Bavariae civilis* P. I. Cap. II. §. 18. und das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. 1. Th. Einleit. §. 32.

57) Estor in der teutschen Rechtsgelehrs. 3. Th. §. 117. HELLFELD in Repertorio iur. germanici v. *Retorsio*; *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. privati hod. §. 220. *Car. Christph.* HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 145. et 146. Runde Grundſ. des allgem. T. Privatrechts §. 319.

58) Hierin stimmen überein ALEF cit. Diss. Cap. V. OLDENBURG in cit. Diss. §. 5. SCHMIDMER all. Diss. §. 5. und besonders

dieses bestätiget auch die Praxis. So z. B. müssen in den hiesigen sowohl Bayreuthischen als Anspachischen Landen bey jeder Verlassenschaftstheilung, wo keine Kinder vorhanden, und die Erbschaft an einheimische oder auswärtige Seitenverwandte gelangt, vom Hundert 2½ Fl. als Beytragsgelder zur Unterhaltung öffentlicher Stiftungen z. E. zu dem Zuchthause in Schwabach, abgegeben werden [59]). Eben dieses Rechts bedient sich Nürnberg wider Brandenburg-Onolzbachische und Beyreuthische Unterthanen bey den ihnen zufallenden Collateral-Erbschaften [60]). Ferner zu Eßlingen werden beym Concursproceß nur einjährige Zinsen mit dem Capital in eine Classe locirt, die übrigen folgen erst, nachdem alle übrige Capitalien abgetragen worden sind [61]). Im Würtenbergischen [62]) wird dieses wider Eßlingische Bürger retorquirt, so wie eine andere Eßlingische Verordnung, vermöge welcher die mit hypothecis privatis oder quasi publicis versehenen Gläubiger unter die

ders *Car. Frid.* ELSAESSER in Diss. de iurium statutariorum variantium retorsione, etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit. *Erlangae* 1775. §. 18.

59) Man vergleiche hier die Abhandlung unter dem Titel: Etwas über den Collateralerben-Beytrag oder Collateral-Anfall in dem Fürstenthum Brandenburg oberhalb Gebirgs, mit einer Vorrede von D. Joh. Ludw. Klüber. Erlangen 1790. 8.

60) Vermöge einer Verordnung des R. Stadtmagistrats vom 17. May 1770. in der vollst. Samml. S. 713.

61) *Statut. Esslingens.* de A. 1725. Tit. XII. §. 2. Hinter der Elsässerischen Dissertat. S. 58.

62) *Rescript. Circular.* de 24. Dec. 1773.

die Chyrographarien locirt werden[63]). Die Rechtmäßigkeit der Retorsion in allen diesen Fällen kann um so weniger bezweifelt werden, da der Schade, welcher den Bürgern des retorquirenden Staats aus der Verschiedenheit der Gesetze des andern Staats entstehet, eine Ungleichheit wirkt, die anders nicht, als durch das Mittel der Wiedervergeltung gehoben werden kann. Es kann sich auch der Staat, gegen dessen Bürger retorquirt wird, über keine Unbilligkeit beschweren, weil er ja sich selbst und seine Gesetze der Unbilligkeit beschuldigen würde. Sollte indessen der Nachtheil, der unsern Bürgern aus der Verschiedenheit des Rechts eines andern Staats entsteht, bloß zufällig seyn, und durch den Vortheil, den dieselben auf der andern Seite dabey gewinnen können, wieder ersetzt werden, so ist keine solche Ungleichheit vorhanden, die eine Retorsion rechtfertigen könnte. Z. B. wenn nach den sächsischen Rechten die Töchter aus der mütterlichen Erbschaft die Gerade zum voraus erhalten, so scheint es eine Ungleichheit zu seyn, wenn ihnen an andern Orten, wo das gemeine Recht gilt, diese Befugniß nicht gestattet wird. Denn auf solche Art erhalten Töchter, die in Sachsen wohnen, nach den Gesetzen eines solchen Landes, in welchem die Gerade nicht eingeführt ist, weniger, als auswärtige Töchter aus Sachsen ziehen, wenn sie daselbst ihre Mutter beerben. Allein diese Ungleichheit ist nur scheinbar, sie wird dadurch gehoben, daß Söhne in Sachsen, wenn sie ihre Mutter an einem solchen Orte, wo gemeines Recht gilt, beerben, ihren vollen Erbtheil, ohne Abzug der Gerade, erhalten, dahingegen auswärtige Söhne sich dieselbe von ihrer mütterlichen Erbschaft in Sachsen müssen

63) S. ELSAESSER cit. Dissertat. §. XVIII.

müssen abziehen lassen. Es ist daher höchst unbillig, wenn wider die Oerter, wo keine Gerade üblich ist, eben dieses Recht retorquirt wird [64]). Aus eben diesem Grunde kann auch das Verfahren nach Wechselrecht in einer Provinz den fremden Gläubigern bloß darum, weil solches in ihrem Lande nicht gesetzlich eingeführt ist, keineswegs abgeschlagen werden, ohne Unbilligkeit zu begehen [65]). Denn hier ist keine solche Verschiedenheit der Rechte vorhanden, die den Auswärtigen nachtheilig seyn könnte, indem es ja an einem solchen Orte, wo durch die Landesgesetze kein Wechselrecht eingeführt ist, den Partheyen freysteht, sich durch Verträge nach Wechselrecht zu verbinden [66]). Wollte man also gegen auswärtige Gläubiger das Retorsionsrecht gebrauchen, so würde diese Behandlung offenbar härter seyn, als das Verfahren gegen die Unterthanen des retorquirenden Staats in dem Lande derjenigen ist, gegen welche retorquirt wird. Etwas anderes wäre es zwar, wenn die Gesetze eines Landes den Wechselproceß schlechterdings untersagten, so daß auch nicht einmal eine vertragsmässige Verpflichtung Statt finden sollte. Allein auch selbst in diesem Falle würde die Retorsion nicht rathsam seyn, weil der retorquirende Staat hierdurch den Credit seiner eigenen Unterthanen bey Auswärtigen schwächt, zu dessen Aufrechthaltung doch haupt-

sächlich

64) Dennoch ist sogar auch in diesem Falle in den *Constitut. Saxon.* P. III. Constit. 38. die Retorsion befohlen. S. Carl Ferd. Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister. Einleit. §. 53. S. 56.

65) HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 146. not. b.

66) von Selchow Grundsätze des Wechselrechts §. 6. b.

sächlich die Wechselverbindlichkeit eingeführt ist[67]). Hieraus wird nun jeder von selbst beurtheilen können, ob sich das heutige Retorsionsrecht aus dem römischen Edict quod quisque iuris etc. ableiten lasse. Ich leugne nicht, daß der Grund der natürlichen Billigkeit bey beyden der nämliche sey; allein das römische Edict setzt wirklich erlittenes Unrecht durch unbilliges und partheyisches Verfahren des Magistrats voraus, zur heutigen Retorsion hingegen ist schon die bloße Verschiedenheit der Rechte hinlänglich, in sofern dieselbe unsern Bürgern nachtheilig oder beschwerlich ist. Jenes bestraft nur den, von welchem das unbillige Recht herrührt, den Magistrat, und die Parthey, welche dasselbe ausgewirkt hat, zum Theil auch deren Erben, es billigt also die Wiedervergeltung unter Bürgern des nämlichen Staats; allein diese wird nicht als Straf- sondern bloß als Entschädigungs- oder Sicherheitsmittel gegen Auswärtige, und zwar gegen jeden Bürger desjenigen Staats ausgeübt, wo das unsern Unterthanen beschwerliche Recht gilt[68]).

Da übrigens das Retorsionsrecht keine widerrechtliche Handlung des andern Staats voraussetzt, dadurch derselbe unser

67) S. *Io. Christoph.* FRANCK in Mantissa de conflictu iurium cambial. diversor. Tit. V. adiect. EIUSDEM *Institut. iuris cambial.* pag. 377. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 61. und besonders *Vinc.* OLDENBURG in Diss. alleg. de retorsione iurium, praecipue in causis cambialibus §. VII. sqq.

68) S. *Io. Christ. Wilh. de* STECK Observation. subsecivar. specim. (*Halae* 1779. 8.) spec. ult. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaest. 2. not. x. Tom. I. pag. 190. sqq.

unser oder der unsrigen vollkommenes Recht lädirt hätte, sondern nur so etwas zum Gegenstande hat, was man mit vollkommenem Rechte von dem andern Staat nicht verlangen kann, aber doch unsern Bürgern beschwerlich ist; da ferner durch Retorsion keine Gewaltthätigkeit verübt, sondern nur dasselbe Recht wider die Bürger eines auswärtigen Staats angewendet wird, dessen sich derselbe gegen uns bedient; da endlich die Wiedervergeltung kein feindseliges Betragen, sondern blos die Erhaltung der Rechtsgleichheit zum Grunde hat; so erhellet hieraus, daß Repressalien, als welche ein gewaltsames Mittel sind, sich eines widerrechtlich erlittenen Schadens an einer beleidigenden Nation, durch Wegnehmung einiger Bürger oder Sachen derselben, zu erholen, weil die eingeschlagenen gütlichen und rechtlichen Wege nichts geholfen haben, von der Retorsion wohl unterschieden werden müssen [69]).

§. 213.

69) S. WERNHER de iure repressalium inter Principes Imp. Tom. I. P. II. *Observat. forens.* obs. 115. *Lud. Mart.* KAHLII Comment. de iustis repressalium limitibus tum a gentibus, tum a statibus S. I. R. G. observandis. *Goettingae* 1746. Estors Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprocesses 1. Th. 244. Tit. S. 739. folgg. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Observ. 129. vorzüglich aber *Franc. Ant.* DÜRR Diss. de eo, quod iustum est circa repressalias in causis religionis in imperio Rom. Germ. *Moguntiae* 1771. in *Ant.* SCHMIDT *Thesauro iuris Eccles.* Tom. IV. Nr. XVII. pag. 652 — 738.

§. 213.

Zur Retorsion ist die Einwilligung des Oberherrn im Staate erforderlich.

Das Retorsionsrecht, dessen sich ein Staat gegen Fremde bedient, ist unstreitig ein Recht der höchsten Gewalt [70]. Dem Landesherrn liegt vermöge des Rechts der Oberaufsicht die Sorge ob, dahin zu sehen, daß durch die Gesetze eines andern Staats seinen Unterthanen kein Nachtheil zugefügt werde; und vermöge seiner gesetzgebenden Gewalt kommt ihm die Befugniß zu, zu bestimmen, ob den Fremden ein gleiches Recht, wie seinen Unterthanen, in seinem Lande gesprochen, oder ob die einheimischen Gesetze ihres Staats auch wider sie angewendet werden sollen [71]. Hieraus folgt, daß die Retorsion nicht anders, als unter Auctorität der höchsten und gesetzgebenden Gewalt im Staate, mithin nicht eigenmächtig von Unterobrigkeiten und Richtern, ausgeübt werden dürfe. Denn diese sind verpflichtet, nach den Gesetzen ihres Landesherrn zu richten, und dürfen auch selbst in Ansehung der Fremden für sich keine Ausnahme davon machen [72]. Die Meinung

70) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXVI. nr. 19. vorzüglich WEINLAND in Otio academ. hyemali pag. 352.

71) *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris animadv. CX. §. 2. pag. 169. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Fasc. II. Obs. 128.

72) Dav. Georg Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 47. *Franc.* ALEF Diss. alleg. de Legum retorsione Cap. IX. *Christph. Iac.* SCHMIDMER cit. Specim. sist. observat. miscell. de retorsione iuris §. VII.

nung Stryks[73]), daß jeder Richter schon nach dem gemeinen Rechte befugt sey, ein unbilliges Recht des andern Staats gegen desselben Bürger, auch ohne besondere Erlaubniß des Oberherrn, zu retorquiren, ist eine Folge des Irrthums, daß das Retorsionsrecht seinen Grund in dem prätorischen Edicte: quod quisque iuris etc. habe, und verdient daher keinen Beyfall. So viel ist indessen gewiß, daß die landesherrliche Genehmigung nicht immer in jedem einzelnen Falle erforderlich sey, sondern die allgemeine Verordnung des Oberherrn an seine Unterobrigkeiten, die seinen Unterthanen beschwerlichen Rechte anderer Staaten gegen derselben Bürger in vorkommenden Fällen zu retorquiren, ist zur rechtmäßigen Ausübung des Wiedervergeltungsrechts schon hinreichend. Noch weniger aber kann Privatpersonen dieses Recht gestattet werden. Schon die Regeln der Klugheit erlauben dieses nicht, denn Mißbrauch wäre unvermeidlich.

§. 214.

Die Retorsion findet wider ein Moratorium nicht Statt. Kann sie bey Unterthanen verschiedener Provinzen, die einem Regenten unterworfen sind, ausgeübt werden?

Wenn ein Schuldner, der durch Unglück und nicht durch eigene muthwillige Veranlassung in einen Vermögensverfall gerathen ist, bey seinem Landesherrn einen Anstandsbrief (moratorium) ausgewirkt hat, vermöge dessen er binnen einer gewissen Zeit von seinen Gläubigern nicht ausgeklagt werden darf, und dieser während der Zeit ausstehende

73) in usu mod. Pandect. h. t. §. V.

stehende Forderungen von seinen Schuldnern gerichtlich beytreibt; so entsteht die Frage, ob ihm die exceptio moratorii retorsionsweise entgegengesetzt werden könne? Dem ersten Ansehen nach sollte man denken, daß die Retorsion in diesem Falle nicht unbillig sey. Denn einmal scheint das Edict des Prätors: quod quisque iuris etc. für die Beklagten zu reden. Kann etwas billigeres gedacht werden, als dieses, daß, da der Kläger vermöge des erhaltenen Moratoriums von seinen Gläubigern nicht belangt werden kann, er auch eben so wenig seine Schuldner während dieser Zeit zu belangen befugt seyn könne? Noch mehr scheint aber der Zweck der Retorsion jene Exception zu begründen. Dieser zielt, wie bekannt, auf die Erhaltung der Gleichheit ab. Würde nun nicht dieselbe offenbar aufgehoben, wenn die Beklagten dem Kläger ihre Schulden abzutragen angehalten werden sollten? Endlich streiten für diese Meinung auch die angesehensten Rechtsgelehrten[74]). Allein dieser Gründe ungeachtet kann dennoch in dem bemerkten Falle keine Retorsion statt finden. Denn es sind die Beklagten, welche die exceptionem moratorii retorquiren, entweder einheimische oder fremde Schuldner. Erstere können ohnehin sich keiner Retorsion gegen ihren Mitbürger bedienen. Der Landesherr, ohne dessen Auctorität nicht einmal einem Richter die Retorsion gestattet ist, wird aber in dem vorliegenden Falle dieselbe um so weniger genehmigen, weil ja sonst

74) CARPZOV Part. III. Const. XXXVIII. Def. 1. nr. 17. BERLICH Practicar. Conclus. Part. III. Concl. LI. nr. 10. MEVIUS in Decisionib. P. II. Decis. LIX. not. 10. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 3. *I. H.* BOEHMER in Tract. iurid. de literis respirationis earumque validitate et invaliditate. Cap. II. §. 12. u. a. m.

sonst der ganze Endzweck des ertheilten Anstandsbriefes, nämlich einen durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner wieder aufzuhelfen, wegfallen würde. Denn was könnte ein Moratorium nützen, wenn dem Impetranten dadurch die Mittel abgeschnitten seyn sollten, seine ausstehenden Schulden einzufordern, und sich vielleicht hierdurch wieder in eine bessere Situation zu schwingen. Es können aber auch auswärtige Schuldner sich keiner rechtmäßigen Retorsion bedienen, weil durch einen Anstandsbrief anders nichts, als eine in den gemeinen Rechten erlaubte Wohlthat, verstattet wird. Es ist also hier keine solche Ungleichheit und Verschiedenheit statutarischer Rechte vorhanden, welche die Retorsion voraussetzt. Der für die entgegengesetzte Meinung aus dem Edict des Prätors hergenommene Grund aber bedarf fast keiner Widerlegung. Denn einmal ist ja schon oben gezeigt worden, daß die heutige Retorsion keinesweges aus jenem Edict entspringe; zum andern aber kann auch darum in dem gegenwärtigen Falle von dem Edict des Prätors kein Gebrauch gemacht werden, weil solches nur gegen denjenigen statt findet, der aus Bosheit eine ungerechte Verordnung wider seinen Gegner ausgewirkt hat, welches doch von dem Impetranten eines Moratoriums nicht behauptet werden kann[75].

75) Gleicher Meinung sind *Io.* SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. VI. §. 28. LYNCKER Centur. V. Decis. 434. *Wolf. Ad.* LAUTERBACH in Diss. de beneficio rescripti moratorii. *Tub.* 1668. §. 43. *Io. Phil.* SLEVOGT in Exercit. de retorsione in moratorio non competente. (*Ienae* 1717.) Cap. IV. *Io. Henr.* FRICKE in Meditationib. iuris tam publici quam privati de moratorio. *Kiliae* 1770. 4.) §. XIV. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Band.

Ein anders wäre freylich, wenn unter den einheimischen oder auswärtigen Schuldnern desjenigen, der ein Moratorium erhalten, einige in gleicher Lage sich befänden, denen ebenfalls ein solches Anstandsrescript von ihrem Landesherrn ertheilet worden ist. Diese würden sich unstreitig wider ihren Gläubiger mittelst ihres Moratoriums zu schützen befugt seyn. Vergeblich wird sich auch in diesem Falle der privilegirte Gläubiger auf die bekannte Regel berufen, daß ein Privilegirter gegen einen ebenfalls Privilegirten sich seines Privilegiums nicht bedienen könne. Denn einmal ist die Trüglichkeit dieser Regel schon an einem andern Orte dieses Commentars [76]) vor Augen gelegt worden; sodann ist ja hier der Kläger nur gegen seine Gläubiger privilegirt, so daß er von ihnen nicht belangt werden kann; aber keinesweges gegen seine Schuldner, dergestalt, daß er wider dieselben, ihres ebenfalls erhaltenen Privilegiums ungeachtet, klagen könnte [77]).

Ob bey Unterthanen ebendesselben Landesherrn, welche verschiedene Oerter oder Provinzen bewohnen, das Retorsionsrecht Statt finde? ist ebenfalls streitig. Unser Autor behauptet dieses, und führt das Abzugsrecht zum Beyspiel an, welches in manchen teutschen Ländern, wie z. B. in Kursachsen, sogar in einem Gerichtssprengel

1. Band. (Braunschweig und Hildesheim 1780. 8.) Medit. VI. S. 31—36. und *Christph. Iac.* SCHMIDMER in Diss. saep. alleg. de retorsione iuris §. XVI.

76) Theil 2. §. 105. S. 16.

77) FRICKE in cit. Meditat. de moratorio §. XIV.

gel wider den andern ebendesselben Landes ausgeübt wird [78]). Allein dem Begriffe des Retorsionsrechts scheint dieses so wenig, als dem Zweck desselben (§. 212.), gemäß zu seyn, zumal wenn man mit einem berühmten teutschen Rechtslehrer [79]) die Retorsion als eine Art von Selbsthülfe betrachtet, deren man sich in solchen Fällen bedient, wo weder gesetzgebende noch richterliche Gewalt die Abstellung eines dem Fremden nachtheiligen Rechts bewirken kann. Zufolge dieser Grundsätze sind daher die meisten heutigen Rechtsgelehrten der Meinung, daß zwischen Unterthanen ein und eben desselben Territoriums oder auch verschiedener Provinzen, die aber doch einem Regenten unterworfen sind, keine Retorsion statt finde [80]). Und diese Meinung ist auch durch verschiedene königliche Decisivrescripte in den Preußischen Staaten gesetzlich bestätigt worden [81]). Es kommt jedoch, meines Erachtens, hierbey vorzüglich auf die Art

78) Man vergleiche SCHOTT Institut. iuris Saxon. electoral. privati pag. 45. (*edit. II. de a.* 1785.)

79) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 319.

80) *Car. Otto* RECHENBERG de bello legum contra leges retorsione ementita metuendo §. 14. *Franc. Ant.* DÜRR in Diss. de eo, quod iustum est, circa repressalias in causis religionis in Imp. R. G. §. 6. not. a. *Christph. Iac.* SCHMIDMER in saep. alleg. Differt. §. 8. Runde in den angef. Grundsätzen des T. Privatrechts §. 319. u. a. m.

81) Rescript an das Kammergericht zu Berlin vom 17. Aug. 1761. und Rescript an die Clevische Regierung vom 15. Jan. 1756. Beyde sind abgedruckt in *Frid.* BEHMERI novo iure controverso. Tom. II. (*Lemgoviae* 1771. 4.) Observat. LXXXIII. pag. 520. sqq.

der Union unter den verschiedenen Provinzen eines Regenten in Ansehung ihrer Rechte, und die Verfügung des Landesherrn an, ob und wie weit die Retorsion bey den Unterthanen der verschiedenen Lande desselben Statt finden solle[82]). Denn es ist schon oben bemerkt worden, daß Retorsionen nur unter Auctorität der gesetzgebenden Gewalt ausgeübt werden können[83]).

§. 215.

Ist die Retorsion in peinlichen Fällen anwendbar?

Es ist eine fast einstimmig angenommene Meinung der Rechtsgelehrten, welcher auch hier unser Verfasser beytritt, daß in Criminalfällen keine Retorsion Statt finde. Die Gründe, die gewöhnlich angeführt werden, sind, weil ein Auswärtiger, der in einem fremden Lande ein Verbrechen begehet, in Ansehung dieser Handlung nicht als ein Fremder zu behandeln, sondern als ein zeitiger Unterthan nach den Gesetzen des Staats, gegen die er gesündigt hat, zu richten, und, wenn das Verbrechen ausser dem Territorium begangen worden, die Strafe nach gemeinen Rech-

82) Eben so urtheilt Hr. Hofr. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. et Germ. Tom. I. §. 147. Vorzüglich verdient auch hier Riccius in dem zuverläßigen Entwurf von Stadtgesetzen 2. Buch 19. Hauptst. §. 9. nachgesehen zu werden, welcher zeigt, warum zuweilen ein Landesherr bey Unterthanen verschiedener Städte seines Territoriums die Retorsion zu gestatten für gut befindet.

83) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXX. med. 8.

Rechten zu bestimmen sey[84]). Allein mir scheinen diese Gründe nicht von solchem Gewicht zu seyn, um jene Meinung gegen den Vorwurf einer unbilligen Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt, von welcher doch die Retorsion ihr Leben und Bestimmung erhält, rechtfertigen zu können. Wir wollen uns die einzelnen möglichen Fälle vorstellen, und darnach prüfen, ob denn wirklich alle Retorsion in Criminalfällen unzuläßig sey. Es kann einmal die Frage entstehen, ob bey dem peinlichen Proceß gegen auswärtige Verbrecher die Retorsion gebraucht werden könne? Ich glaube, allerdings. Warum sollte z. B. der Landesherr nicht befugt seyn, zu verordnen, daß die Tortur bey auswärtigen Delinquenten solcher Lande, wo dieselbe noch nicht abgeschaft ist, ebenfalls gebraucht werden solle? Und lehrt nicht die Erfahrung, daß die verweigerte Auslieferung ergriffener Verbrecher zu häufigen Retorsionen Anlaß giebt[85])? Wie, wenn aber von der Bestimmung der Strafe für auswärtige Verbrecher, die Frage entsteht, sollte nicht auch hier die Retorsion zum Maasstabe dienen können? Ich muß gestehn, daß ich keinen hinreichenden Grund finde hieran zu zweifeln. Jeder Landesherr hat ja das Recht, nach seinem Ermessen zu bestimmen, wie die Verbrecher in seinem Lande bestraft werden sollen[86]).

84) S. STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. aphor. II. ELSAESSER in Diss. alleg. §. 2. in fin. SCHMIDMER cit. Diss. §. 17.

85) Ein Beyspiel giebt die Magdeburgische Policey-Ordnung Kap. 55. §. 11. Siehe auch Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Processes 1. Th. §. 2032. a. am Ende.

86) *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. German. commun. (*Goetting.* 1789. 8.) §. 84.

Warum sollte er nun, wenn es ihm für das Wohl seines Staats zuträglich zu seyn schiene, nicht verordnen können, daß auswärtige Verbrecher in seinem Lande nach den Gesetzen ihres Domiciliums gerichtet werden sollen. Es bleibt hier allemal das Verhältniß der Handlung zum Strafgesetz. Denn entweder hat der Fremde das Verbrechen in seinem Vaterlande selbst begangen, oder im Gebiete des retorquirenden Staats. Im ersten Falle hat ja der Delinquent die Gesetze seines Vaterlandes unmittelbar übertreten. Aus diesen entsteht daher auch eine unmittelbare Verbindlichkeit zur verwirkten Strafe. Wie kann hier nun die Strafe noch nach gemeinen Rechten bestimmt werden, wo das gemeine Recht durch besondere, demselben entgegengesetzte, Landesgesetze aufgehoben worden ist? Im andern Falle ist die Strafe, die gegen den Fremden retorquirt werden soll, ebenfalls in einem für denselben verbindenden Gesetze aufgestellt. Schon Justinian[87]) sagt: *ut unusquisque, in qua provincia deliquit, illic etiam iuri subiaceat.* Hat nun der Landesherr bestimmt, daß Fremde nach den peinlichen Gesetzen ihres Domiciliums gestraft werden sollen, wer will läugnen, daß die in diesen Gesetzen enthaltene Strafe verwirkt sey? Es ist auch offenbar, daß unter solchen Umständen der Fremde nicht als bloßer zeitiger Unterthan behandelt werde. Unbillig wird man dieses Verfahren wohl nicht mit Grund nennen können, oder man müßte denn geradezu läugnen, daß Erhaltung einer rechtlichen Gleichheit unter Bürgern verschiedener Staaten auch in peinlichen Fällen billig und zuträglich sey.

87) *Nov. LXIX. cap. 1. princ.*

§. 216.

Schon das Daseyn eines verschiedenen und unsern Bürgern beschwerlichen Rechts ist zur Ausübung der Retorsion hinreichend.

Die Retorsion setzt ihrem Begriffe nach eine Verschiedenheit der Rechte verschiedener Territorien voraus. Allein ist das bloße Daseyn einer solchen Verschiedenheit schon hinreichend, wenn solche auch noch nicht zur Ausübung gebracht ist? Einige Rechtsgelehrten [88]) wollen hieran zweifeln. Sie halten es zur Ausübung des Wiedervergeltungsrechts für schlechterdings nothwendig, daß das verschiedene Recht des andern Staats, welches gegen desselben Bürger retorquirt werden soll, in vorgekommenen Fällen gegen die Unterthanen unsers Landes wirklich müsse angewendet worden seyn. Man behauptet daher, daß der retorquirenden Obrigkeit jederzeit der Beweis obliege, daß Beyspiele von dieser Anwendung bereits vorgekommen sind [89]). Die neuern Rechtsgelehrten [90]) verwerfen jedoch diese Meinung billig,

88) *Christ. Gottl.* RICCIUS im zuverläßigen Entwurf von Stadtgesetzen 2. Buch. 19. Hauptst. §. 4. 5. 6. BROCKES in select. Observat. for. Observat. CCVII. EISENHART in Diss. de retorsione iuris albinagii in successione mariti cessante, in *Opuscul.* pag. 151. sqq.

89) CARPZOV P. III. Const. XXXVIII. definit. 8. BERLICH P. III. Concl. LI. nr. 27.

90) von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden 6. Th. Nr. 9. SCHMIDMER in Diss. alleg. §. 6. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der ges. Reichslande §. 381. am Ende. Runde Grundsätze des allgem. T. Privatrechts §. 319. und vorzüglich ELSAESSER in Diss. de iurium statutar. variantium retorsione etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit §. V — XV.

billig, und auf deren Seite ist auch unser Hellfeld getreten. Ich kann ebenfalls nicht läugnen, daß die Gründe für diese letztere Meinung von mehrerem Gewichte sind. Denn ein für allemal läßt sich von dem Edict des Prätors auf die heutige Rechtserwiederung keine richtige Schlußfolge herleiten. Und da man den wirklichen Gebrauch des einmal eingeführten Rechts bey vorkommenden Fällen doch immer vermuthen muß, so kann wegen solcher künftig zu befürchtenden Fälle die Retorsion, als ein Vertheidigungsmittel, um so mehr angewendet werden, als diejenige Obrigkeit, gegen deren Unterthanen solchergestalt verfahren wird, um die Ausübung des Retorsionsrechts abzuwenden, weiter nichts zu thun hat, als die uns nachtheilige und beschwerliche Verordnung aufzuheben. Denn so wie das Recht zu retorquiren mit Entstehung jener Verordnung sein Daseyn erhalten hat, so hört es auch mit derselben wieder auf. Hieraus folgt also, daß der retorquirenden Obrigkeit kein Beweis, daß die beschwerliche Verordnung des andern Staats wider ihre Unterthanen bereits in Ausübung gekommen sey, aufgebürdet werden kann [91]). Da indessen das Retorsionsrecht von der gesetzgebenden Gewalt seine ganze Direction erhält, so hängt es freylich von der Willkühr der retorquirenden Landesobrigkeit ab, zu bestimmen, was sie deßfalls für Maasregeln zu nehmen für gut findet [92]),

Ueber-

91) WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 32. *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. priv. hod. §. 221. ELSAESSER a. a. O. §. 14. u. 15.

92) So z. B. ist in den Chursächsischen Landes-Constitutionen P. III. Const. 38 ausdrücklich verordnet, daß gegen solche Städte und Oerter keine Retorsion ausgeübt werden solle, die sich ihres verschiedenen Rechts gegen sächsische Unterthanen noch nie bedient hätten.

Ueberhaupt aber ist es der Höflichkeit und Klugheit gemäß, in solchen Fällen vorher bey dem andern Staat anzufragen, ob er gesonnen sey, von seinem Rechte gegen unsere Bürger Gebrauch zu machen.

Retorsionen verhütet man übrigens durch wechselseitige Verträge und Reversalen, wodurch die Obrigkeit des jenseitigen Orts, wo das ungleiche Recht herrscht, sich verbindlich macht, daß sie sich dessen gegen uns nicht bedienen wolle[93]). Solche Reversalien müssen jedoch zeitig offerirt werden, ehe noch der Fall eintritt, wo die Retorsion geltend gemacht werden kann[94]). Denn ist der Fall schon vorhanden, so braucht man sie nicht anzunehmen, weil das Retorsionsrecht mit dem Augenblick, in welchem die jenseitige uns nachtheilige Verordnung Gesetzeskraft erlangte, entstanden und erworben worden ist, Verträge aber nicht auf vergangene Fälle ausgedehnet werden können. Es darf auch eine Unterobrigkeit ohne Einwilligung der Landesherrschaft nicht einmal Reversalien annehmen, weil dergleichen Verträge auf eine Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt abzielen[95]). Allein durch Cession der Rechte an Einheimische kann der Retorsion nicht ausgewichen werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und dieser eigentlich unter jenem verborgen ist[96]).

93) ELSAESSER cit. Dissert. §. 16. et 17. und SCHMIDMER c. l. §. 14.

94) So z. B. haben viele Reichsstände durch besondere Verträge das Abzugsgeld gegenseitig aufgehoben.

95) Westphal im teutschen und reichsständischen Privatrechte Th. 1. Abh. IV. §. 24.

96) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med. 8. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. cessio hereditatis a peregrino in indigenam facta utrum ius detractus tollat? *Lipsiae* 1783.

Lib. II. Tit. III.
Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

§. 217.

Strafe des Ungehorsams gegen richterliche Verfügungen und Erkenntnisse. Erläuterung der *L. un.* §. 1. *D. b. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Es gehört ferner zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit, das Ansehen richterlicher Verfügungen und Erkenntnisse durch Zwang und Strafmittel zu vertheidigen. Eine römische Obrigkeit konnte daher nicht nur den Ungehorsamen Geldstrafen auflegen, sondern auch wider denjenigen, der einem rechtskräftigen Urtheile keine Folge leistete, sondern es bis zur Execution kommen ließ, zur Behauptung ihres Imperiums, eine Pönalklage verstatten[97]). Ob diese Klage eben so, wie diejenige, welche der Prätor aus dem Edict de albo corrupto gab, eine Volksklage gewesen, ist unter den eleganten Auslegern des römischen Rechts streitig. Cujaz[98]) glaubt es, weil dem gemeinen Wesen selbst daran gelegen, daß die Majestät des Prätors gegen alle Beleidigungen gesichert werde. Seine Meinung fand auch bey mehrern

97) Ueber diesen Titel bemerke ich vorzüglich *Iac.* VOORDA Diss. ad L. un. D. si quis ius dicenti non obtemperaverit, in *Ge.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Tom. I. Vol. 2. und *Ad. Frid.* TRENDELENBURG biga Observationum ad Tit. Dig. si quis ius dicenti non obtemperaverit. *Buetzovii* 1765. 4.

98) Observat. lib. XXIV. cap. 25.

mehrern Rechtsgelehrten Beyfall[99]). Allein schon Emund. Merillius[100]) verwarf sie, und wenn sich gleich Osius Aurelius[1]) des Cujaz gegen den Angriff des Merillius annahm, so sind doch die neuern Rechtsgelehrten fast alle auf Merillius Seite getreten[2]). Nur wenige Pönalklagen haben die besondere Eigenschaft, daß sie jeder aus dem Volke anstellen kann. Man kann daher Popularklagen anders nicht annehmen, als wenn ihnen die Gesetze diese Eigenschaft ausdrücklich beygelegt haben. Dieses läßt sich aber von der Pönalklage dieses Titels nicht erweisen. Das Vergehen, weßhalb eine Popularklage Statt finden sollte, mußte immer das suum ius populi zugleich betreffen, wie Paulus[3]) sagt, es mußte als Sache des ganzen Volks angesehen werden können. Dieß war nun zwar der Fall, wenn Jemand sich an den für das Volk aufgestellten Edicten des

99) *Hugo* DONELLUS Commentar. iuris civ. lib. XV. c. 24. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Diss. IV. Th. 9. lit. D. et E. *Henr.* HAHN ad Wesenbecium h. t. n. 2. u. a. m.

100) Lib. I. Variant. ex Cujacio cap. 6.

1) in Tract. de variant. Cujacii interpretat. Dispunct. 6. bey OTTO in *Thesauro iur. Rom.* Tom. III. pag. 708.

2) *Franc.* DUARENUS lib. I. anniversar. Disputat. cap. 50. *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Dig. h. t. §. 3. *Corn. van* ECK Princip. iur. civ. h. t. §. 2. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Lib. II. Disp. 7. Th. 5. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. *Sam. de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. y. Tom. I. pag. 191. vorzüglich aber *Ad. Frid.* TRENDELENBURG in der angef. Schrift Obs. I.

3) *L.* 1. *D. de popularib. actionib.*

des Prätors vergieng. Allein viel zu wenig Interesse für das Volk hatte es, wenn dem Befehl des Prätors in einer bloß einzelne Privatpersonen angehenden Rechtssache keine Folge geleistet würde. Die deshalb zustehende Pönalklage konnte also nur von dem Gegentheil, und zwar nicht allein von dem Kläger, sondern, nach der Meinung des Labeo[4]), auch sogar von dem Beklagten selbst angestellet werden, wenn nämlich der Kläger ihm etwas zu vergüten, oder sonst zu leisten war verurtheilt worden, und dieser, weil er den Besitz der Sache schon erhalten hatte, sich gegen das richterliche Erkenntniß widerspenstig bezeigte[5]). Daß die Klage nur ein Jahr daurte, auch nicht auf die Erben gieng[6]) beweißt nicht, daß sie eine Volksklage gewesen, wenn gleich Ulpian[7]) dieß als eine gemeine Eigenschaft aller Popularklagen angiebt; sondern die Ursache dieser Wirkung ist, daß sie eine prätorische Pönalklage war, wie Ulpian[8]) selbst gestehet. Allein worin bestand denn nun die Strafe, worauf man die Klage richtete? Ulpian[9]) sagt: Hoc iudicium, non ad id quod interest, sed

QUAN-

4) *L. un. §. 3. D. h. t.*

5) So kann allerdings bey der Reivindication der Fall vorkommen, daß der Kläger zugleich condemnirt wird, dem Beklagten etwas zu leisten oder zu vergüten. *L. 10. L. 15. L. 48. L. 65. D. de Rei vindicat.* S. *Ian. a* COSTA ad Tit. Decretal. de mutuis petitionibus, und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2.

6) *L. un. §. 4. D. h. t.*

7) *L. 8. D. de popular. action.*

8) *L. un. §. 4. D. h. t.*

9) *L. un. §. 4. cit.*

QUANTI EA RES EST, concluditur. Ob hiermit eine arbiträre Geldstrafe oder der Werth des zu restituirenden Gegenstandes gemeint sey, ist zweifelhaft. Denn die Redensart: *Quanti ea res est*, hat in unsern Gesetzen mehrere Bedeutungen[10]). Für die letztere Bedeutung streiten angesehene Rechtsgelehrten[11]). Allein die meisten wollen den Ulpian von einer arbiträren Geldstrafe verstehen, welche der Richter nach der Grösse des Vergehens und Ungehorsams bestimmt habe[12]). Dieß ist auch unsers Autors Meinung. Irrig ist es indessen, wenn Scipio Gentilis[13]) glaubt, daß die Strafe dem Magistrat gehört habe, dessen Ansehen durch die Widerspenstigkeit des Verurtheilten verletzet worden. Denn es war ein grosser Unterschied zwischen einer Geldstrafe, die die Obrigkeit dictirte, und einer Pönalklage, wie Joseph Averanius[14]) ganz deutlich gezeigt hat. Gegen wen übrigens diese Klage Statt finde, und

10) Conf. *Iac.* GOTHOFREDUS in Animadversion. iuris civ. libro, cap. I. in *Operib. iurid. minorib.* a *Ch. H.* TROTZ editis pag. 266. sqq. und *B.* BRISSONIUS de Verbor. signific. v. *Quantus.*

11) BACHOVIUS in prim. parte Pandectar. h. t. §. ult. DUARENUS lib. I. Disputat. anniversar. cap. 50. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. f. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 7. TRENDELENBURG c. l.

12) CUJACIUS lib. XXIV. cap. 25. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad h. t. Digestor. *Ev.* OTTO in praefat. ad Tom. V. Thesaur. iur. Rom. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. pag. 326. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

13) de iurisdictione lib. I. cap. 8.

14) Interpretation. iuris Lib. I. cap. IV. nr. 42.

und wer in Rücksicht derselben für ungehorsam zu halten sey, bestimmt Ulpian[15]) in folgenden Worten: Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione est, non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicare a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. Caeterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Die Erklärungen der Rechtsgelehrten in Ansehung dieser Stelle sind sehr von einander abweichend, wie die unten[16]) angeführten Schriften zeigen. Zur Erläuterung derselben will ich nur Folgendes bemerken. *Quod extremum in iurisdictione est* ist richtiger von der Sentenz selbst, als von der Vollstreckung derselben zu verstehen. Denn letztere gehörte zum Imperium[17]). Die Sentenz hingegen war gleichsam die letzte

15) *L. un. §. 1. D. h. t.*

16) S. ausser VOORDA und TRENDELENBURG in den angef. Schriften ALCIATUS Paradox. lib. II. c. 15. CUJACIUS in Recitat. ad h. t. und lib. XXIV. Observat. c. 25. et 31. PERENONIUS Animadv. et variar. lection. lib. I. c. 20. (*Thes. Otton.* T. I. p. 615.) *Guil.* FORNERIUS selection. lib. I. c. 18. (*Thes. Otton.* T. II. p. 27.) LYKLAMA a NYHOLT Membranar. lib. V. Eccl. 10. *Ant.* FABER Rational. ad Pand. h. L. *Guil.* RANCHINUS variar. lection. lib. III. c. 15. (in SCHMINCKII *Syntagm crit. varior. auctor.* p. 102. sqq.) GRANGIANI Paradox. c. 47. (*Thes. Meermann.* T. V. p. 637.) PANCIROLLUS var. lection. lib. II. c. 16. *Ger.* NOODT in Commentar. ad h. tit. Pandect. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. lib. III. c. 1. *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. var. ad lib. II. Pandectar. Dissertat. hebdom. III. §. 2. und *Io. Bern.* KOEHLER in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. lib. I. cap. V. §. 2. pag. 28. seq.

17) Mit Recht sagt daher POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. ad h. L. pag. 53. *Extremum in iurisdictione est sententia: si ei non*

letzte Handlung, mit welcher das, was zur Jurisdiction im eigentlichen Sinne gehörte, ein Ende hatte, wie schon oben (S. 8.) erinnert worden ist. *Vindicare* wird hier in seiner originellen Bedeutung genommen, und heißt soviel als eine Sache in Besitz nehmen, die mir der andere herauszugeben schuldig ist. Eine Bedeutung die in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten öfters vorkommt [18]. *Vindicari non pati* wird also von dem gesagt, qui non sinit prehendere id, quod dare oportere condemnatus est. Die folgenden Worte *duci eam vel ferri passus est* erklärt Hofmann durch diripi potius ac perdi eam passus est per contumaciam, quam restitui. Allein sie gehen wohl mehr auf die apparitores, durch die man rechtskräftige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [19]. Die Emendation des Cannegieters, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wol-

 len:

non pareatur, iam incipiet se exercere imperium, ut qui condemnatus est, cogatur obtemperare.

18) PAULUS lib. V. *Sentent. recept.* Tit. XXVI. §. 4. et ad Eundem. *Ant.* SCHULTING not. 31. *Iurisprud. vet. Antejustin.* pag. 524. ULPIANUS *L. 5. §. 5. D iure dot. L. 2. D. de manumiss. quae servis ad univ. pertin. impon.* MODESTINUS *L. 2. §. 2. D. Qui pet. tutor.* IULIANUS *L. 47. §. ult. D. de fideicomm. libertat.* Zur Erläuterung dient auch das Beyspiel beym LIVIUS lib. III. cap. 48. u. 49.

19) *L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. caus. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. signif.*

len: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀναντᾰπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden; wie sich bald ergeben wird. *Caeterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als aufserdem, praeter speciem propositam heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und lieset mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich sollte man denken, könne *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Allein richtiger erklärt man es wohl, wenn man darunter versteht: quae plerumque sequuntur condemnationem, und was gleichsam als ein accessorium executionis anzusehen ist, und dieses besteht gewöhnlich in Restitution der Früchte und Unkosten, und überhaupt in Vergütung alles Intresse [20]). Endlich die letztern

20) So erklärt das *sequentia* auch Hr. Prof. HÜBNER in verisimilium iuris civ. specimine. *Lipsiae* 1798. §. 1. dessen Erklärung ich sehr natürlich und dem gesetzlichen Sprachgebrauche gemäß finde. Denn *sequentia* nennen unsere Gesetze öfters dasjenige, was mit andern Dingen in Verbindung steht. *L. 6. D. de Interd. L. 1. D. de novat. L. 178. u. L. 229. D. de Reg. iur.* Ich nehme also hier gern meine Erklärung in der ersten Aus-

letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* wollen soviel sagen, daß allerdings auch propter sequentia condemnationis die Pönalklage gegründet sey, wenn der condemnirte Beklagte zwar die Sache selbst zu restituiren bereit wäre; allein das Uebrige, wozu der Beklagte noch außer der Hauptsache den Kläger zu leisten verurtheilt worden ist, nicht gutwillig leisten wollte. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige sey für ungehorsam zu halten, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden mußte. Ausserdem sey aber auch dann der Beklagte für ungehorsam zu halten, wenn er zwar die Sache selbst zu restituiren bereit ist, allein das Uebrige, was mit der Hauptsache in Verbindung steht, und dem Kläger zugesprochen worden ist, wie z. E. die Früchte der Sache oder die Kosten nicht vergüten will.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit[21].

Ausgabe dieses 3. Theils zurück. Offenbar gegen allen Sprachgebrauch streitet aber die Erklärung Köhlers c. l. pag. 30. wenn er *sequentia* erklärt durch posteriore loco posita, und dieses auf das unmittelbar Vorhergehende beziehen will, als wenn nun der Sinn Ulpians der wäre: Caeterum si et haec ipsa, quae modo diximus, facere noluit, id est, nec duci nec ferri rem mobilem passus est, tunc non obtemperasse videtur.

21) S. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

Verzeichniß einiger Bücher, welche bey dem Verleger dieses Werkes zu haben sind.

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte und dem Servis- und Kantonreglement, oder Handbuch für das preuss. Militair, Beamten und Unterthanen, 8. 1798. 12 gr. 45 kr.

Bensen, Heinr., Versuch eines syst. Grundrisses der reinen und angewandten Staatslehre für Kameralisten, 3 Theile, gr. 8. 1798—1800. 2 Rthlr. 16 gr. 4 fl. 4 kr.
(I. 10 gr. 40 kr. II. 14 gr. 54 kr. III. 1 Rthlr. 16 gr. 2 fl. 30 kr.)

— — System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten. Zweyte umgearb. Aufl. 1r Theil, gr. 8. 1804. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

— — Versuch einer systematischen Entwickelung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung, 1r Theil, gr. 8. 1800. 1 Rthlr. 1 fl. 30 kr.

— — desselben 2r Theil, gr. 8. 1801. 1 Rthlr. 20 gr. 2 fl. 45 kr.
Auch unter dem Titel: Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten.

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanzpraxis für angehende Staatsbeamten oder Theorie des Geschäftsstils, nebst Anweisung zur Bearbeitung der Protokolle, Berichte, Bittschriften, Relationen, Dekrete rc. 1r bis 3r Band, jeder in 3 Heften, complet 5 Rthlr. 6 gr. 8 fl. 15 kr.
Von jedem Band kostet das 1te Heft 10 gr. 40 kr. das 2te 20 gr. 1 fl. 20 kr. das 3te 12 gr. 45 kr.

— — freymüthige Abhandlungen aus dem Gebiete der Polizey u. Staatswirthschaft, als Fortsetzung der Materialien, I. 1s Heft, enth. über das Studium der Kameralwissenschaft, gr. 8. 1804. 16 gr. 1 fl.

Gei-

Geigers, Joh. Burkh. und C. F. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 1r u. 2r Theil, gr. 8. 1792. 1 Rthlr. 10 gr. 2 fl. 12 kr.
Der 3te Theil erscheint zu Ostern 1806.

Glücks, C. F., ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, 1r Band, 2te vermehrte Aufl. gr. 8. 1798. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — die Zusätze und Verbesserungen aus dem 1sten Theil besonders abgedruckt, für die Besitzer der 1sten Auflage, gr. 8. 8 gr. 30 kr.

— — Commentar 2r Band 2te vermehrte Ausgabe, gr. 8. 1801. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — die Zusätze und Verbesserungen, besonders, gr. 8. 1801. 10 gr. 40 kr.

— — Commentar 3r Band, 1ste Abtheil. 2te verm. Aufl. gr. 8. 1806. 18 gr. 1 fl. 12 kr.
Die 2te Abth. 2te verm. Aufl. erscheint zu Ostern 1806.

— — desselben 4r bis 6r Band, jeder in 2 Abtheilungen, gr. 8. 1800. jeder 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — desselben 7ten Bandes 1ste Abtheilung, gr. 8. 1804. 18 gr. 1 fl. 12 kr.

— — hermenevtisch-system. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts. Ein Beytrag zum Commentar, gr. 8. 1802. 1 Rthr. 8 gr. 2 fl.

— — Opuscula juridica, 4 Fasciculi, 8. maj. 1785—1790. (Fasc. I. 16 gr. 1 fl. Fasc. II. 1 Rthlr. 1 fl. 30 kr. Fasc. III. 16 gr. 1 fl. Fasc. IV. 16 gr. 1 fl. compl. 3 Rthlr. 4 fl. 30 kr.

Gönner, N. T., Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, gr. 8. 1800. 14 gr. 54 kr.

— — Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erläuterung seiner wichtigsten Gegenstände, 2te vermehrte und verbesserte Auflage, 4 Bände, gr. 8. 1805. 8 Rthlr. 8 gr. 12 fl. 30 kr.

Halt-

Haltaus, Chr. Gottl., Jahrzeitbuch der Deutschen des Mittelalters, in einer freyen Uebersetzung mit vielen Zusätzen und Berichtungen aus ältern und neuern Zeiten, 4. 1797. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

Harl, J. Paul, Grundlinien einer Theorie des Staates, (der Staatswissenschaftslehre,) des Geldes und der Staatswirthschaft, wie auch der Erziehung und des Unterrichts, gr. 8. 1805. 9 gr. 36 kr.

— — Programma de genuina Politices ac Politicorum indole, 8. 1805. 4 gr. 15 kr.

— — Versuch einer Beantwortung der von der kursächsischen Leipziger ökonomischen Societät aufgegebenen Frage: Welches sind die besten Ermunterungsmittel zur Aufnahme des Ackerbaues? Eine im Jahr 1804 gekrönte, nunmehr mit vorzüglicher Rücksicht auf die ökonomische Litteratur ganz neu bearbeitete und sehr vermehrte Preißschrift. Nebst einer gleichfalls neuen Einleitung, welche den großen Werth und die Nothwendigkeit der Beförderung der Landwirthschaft zur Abwendung der drückenden Theurung und des daraus entstehenden Elendes, wie auch das Verhältniß des Ackerbaues zur Fabrikation und zum Handel historisch und politisch darstellt, für Staatswirthe, Oekonomen, Kameralisten und Polizeybeamte, gr. 8. 1806. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 15 kr.

Hauß, E. A., Versuch über den Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten, 8. 1797. 6 gr. 24 kr.

Hornberger, J. Ph., Grundsätze der Kameralrechnungsführung, mit 13 Bogen Tabellen, gr. 8. 1 Rthlr. 4 gr. 1 fl. 45 kr.

Huchs, Fr. Aug., Versuch einer Litteratur der Diplomatik, 2 Thle. gr. 8. 1792. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

(Wird nicht vereinzelt.)

Kaysers, C. Ph., interessante Erzählungen aus Livius. Ein zum Verstehen ganzer Werke der römischen Klassiker zweckmäßig vorbereitendes Uebungsbuch für Anfänger im Lesen der Alten oder mittlere Klassen der Gymnasien, mit Rücksicht auf die neuesten Ereignisse ausgewählt, gr. 8. 1805. 1 Rthlr. 14 gr. 2 fl. 24 kr.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils zweyte Abtheilung.

Zweyte durchaus verbesserte Auflage.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1807.

Vorrede
zur zweyten Ausgabe.

Auch bey dieser neuen Auflage, welche ich hier dem Publikum von dem dritten Bande meines Pandecten-Commentars übergebe, habe ich mich möglichst bemüht, theils durch Berichtigung des Ausdrucks, theils durch Verbesserungen und Zusätze, welche dieselbe in der Sache selbst erhalten hat, dem Werke noch mehr Vollkommenheit zu geben. Manche Lehre ist fast ganz umgearbeitet, wie z. B. die von der Gerichtsbarkeit, wozu mir die klassischen Schriften eines Malblank, Gönnner, Grolman und Eichmann reichen Stoff darboten. Das Ganze aber habe ich einer so strengen Prüfung unterworfen, daß fast kein Paragraph ohne Aenderung und Verbesserung geblieben ist. Eben so ist überall die neuere Litteratur nicht nur sorgfältig nachgetragen, sondern es sind auch die darin enthaltenen Belehrungen und neuen Ansichten so viel möglich benutzt. Es wird mir daher, wie ich hoffe, nicht zum Vorwurf gereichen, wenn ich hin und wieder, aus besserer Ueberzeugung, meine vorige Meinung geändert habe, wovon man S. 57.

S. 179.

S. 179. S. 180. S. 223. S. 256. S. 338. S. 356. Not. 70. S. 446. und S. 515. Not. 86. Beyspiele finden wird, wenn man die erste Ausgabe damit vergleicht. Um jedoch durch die Vermehrung des Inhalts die Bogenzahl, die gleichwohl von der ersten Ausgabe merklich unterschieden ist, nicht gar zu sehr zu vergrößern, habe ich hier manches abzukürzen gesucht, manches auch ganz weggelassen, soweit es unbeschadet der Sache geschehen konnte. Beyspiele geben der §. 205. b., welcher in dieser neuen Ausgabe ganz weggeblieben ist, und §. 247., wo alles weggestrichen worden, was über die Frage, wieweit im peinlichen Prozeß eine eidliche Caution zuläßig sey, in der vorigen Ausgabe gesagt ist. Die Menge von Verbesserungen und Zusätzen, die diese neue Auflage erhalten hat, erlaubte diesmal keinen besondern Abdruck derselben, weil sie gewiß in der Bogenzahl einen geringen Unterschied von der Auflage selbst gemacht haben würden. Uebrigens werde ich jede fernere Belehrung mit vorzüglichem Dank erkennen. Erlangen den 26. May 1807.

Lib.

Lib. II. Tit. IV.
De in ius vocando.

§. 218. u. 219.

Römische *in ius vocatio.* Erläuterung der *L. 2. D. h. t.* Unterschied derselben von der *citatio*, und *litis denunciatio.*

Dieser und die folgenden Titel betreffen den Proceß, welcher bey den Römern mit der *in ius vocatio* seinen Anfang nahm [1]). Denn wer eine Klage anstellen will, sagt Justi-

1) Den römischen Prozeß erläutern vorzüglich *Iac.* RAEVARDUS in Protribunalium libro singul. *Brugis Flandror.* 1565. (Oper. *Lugduni* 1623. 8. editor. Tom. II. p. 777. seqq.) *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. *Paris* 1640. (in HOFMANNI *Historia iuris* T. II. P. II.) *Car.* SIGONIUS de iudiciis, (in EIUS Oper. *de antiquo iure pop. Rom.* Tom. II. p. 390. sqq. edit. *Lipsiae et Halae* 1715.) *Io. Sam.* STRYK in Diss. de processu iuris Rom. antiquo. *Halae* 1698. *Ant. Henr. van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante litem contestatam fiebant. *Lugd. Batav.* 1747. in *Dan.* FELLENBERGII *iurisprud. antiqua.* (Bernae 1760.) Tom. I. pag. 491. und Alex. Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer, aus dem Engl. übersetzt von M. Meyer. Erlangen 1794. 8. 1. Th. S. 406. ff. Auch in meinen Opusculis iurid. Fasc. II. (*Erlangae* 1786.) pag. 307. sqq. findet sich eine Abhandl. *de ordine iudiciorum privatorum apud Romanos.* Ueber den heutigen gemeinen Prozeß sind als die Hauptschriften zu empfehlen Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses, vermehrt und zum Theil umgearbei-

Justinian [2]), muß zuvörderst seinen Gegner vor Gericht, das ist, vor denjenigen fordern, welcher Recht zu sprechen autorisirt ist. Diese IN IUS VOCATIO [3]) war nach den Gesetzen der zwölf Tafeln eine bloße Privathandlung des Klägers, und konnte ohne Hülfe und Mitwirkung des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni*, *in ius ambula*, *sequere ad Tribunal*. Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so

arbeitet von Nic. Thadd. Gönner. Stuttgard 1806. 8. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1—4. Band. Zweyte vermehrte Auflage. Erlangen 1804 u. 1805. 8. Karl Grolmann's Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Zweyte Aufl. Giessen und Darmstadt 1803. 8. und Christoph Martin's Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. Zweyte Aufl. Göttingen 1805. 8.

2) *§. 3. I. de poena tem. litig.*

3) Von der römischen *in ius vocatio* handeln ausser den Commentatoren der XII. Tafelgesetze, und denjenigen, welche den römischen Prozeß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. Nr. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. I.

so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese *Antestatio* war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich einer Injurienklage aussetzte [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR (moretur f. frustretur), PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Nur zwey Wege gab es, wie der Beklagte dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, ausweichen konnte. Erstens, wenn sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger verglich. Zweytens, wenn ein Dritter darzu kam, welcher für den Beklagten Bürgschaft leistete. Nun mußte ihn der Kläger los lassen [6]).

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen geringe Personen eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. I. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. nr. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 13. pag. 29. und meine Opusc. Fasc. II. pag. 311.

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Prätor für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, andere nicht wider ihren Willen, noch andere nicht ohne Erlaubniß der Obrigkeit in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis (375 Fl.), oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. w. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber doch prehensionem hatten [10]), z. B. Tribuni plebis, und Aediles Curules [11]). Aber nicht die Quaestores.

So.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

10) Siehe den 1sten Abschnitt dieses 3. Theils S. 23.

11) Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß diese Aediles auch von Privatpersonen hätten in ius vocirt werden können. Als SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. cap. 20. HUBER in Digress. Iustin. lib. III. cap. 22. QUINTANADUEGNAS de Iurisdictione Lib. I. Tit. IV. nr. 13. u. a. m. Allein die Stelle des GELLIUS lib. XIII. Noct. Atticar. c. 12. worauf man sich bezieht, scheint nur von den ältern Zeiten zu verstehen zu seyn. Die Worte *nunc stipati servis publicis, prehendi non possunt*, zeigen deutlich an, daß es nachher, sich geändert habe. Ueberdem hatten ja auch die Aedilen das ius castigandi. *L. 12. D. de Decurion.* S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior.

Sodann sollen nicht vocirt werden der Pontifex, wenn er opfert (dum sacra facit), auch diejenigen nicht, *qui propter loci religionem inde se movere non possunt.* Diese Worte sind dunkel, und werden auf verschiedene Art erklärt. Die Glosse verstehet hierunter Mönche und Nonnen, und dieser folgt auch Duaren[12]), er glaubt, hier sey ein Emblem vom Tribonian zu finden. Allein diese Meinung hat wenig Beyfall gefunden. Ravard[13]) will statt se movere lieber *semoveri* lesen, und erklärt die Stelle von denjenigen, welche zu den Freystätten der Tempel und Altäre ihre Zuflucht genommen. Leoninus[14]), dem auch Schulting[15]) beypflichtet, versteht hingegen die angeführten Worte von denen, die ein solches Priesterthum bekleideten, welches ihnen, ohne Verletzung der Religion, nicht erlaubte, sich von einem gewissen Orte zu entfernen, man denke hier an die Vestalinnen, den Flamen Dialis, Quirinalis, u. d.[16]). Nerius[17]), dessen Meinung auch

 Troz

cipior. Cap. XIII. §. 6. *Ge.* D'ARNAUD in Variis coniectur. iur. civ. Lib. II. c. 10. p. 289. und ARNTZENIUS cit. Diss. cap. IV. pag. 295.

12) Commentar. ad Tit. Dig. de in ius voc. cap. 3.

13) Varior. Lib. I. cap. 6.

14) Emendat. Lib. I. cap. 20.

15) Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 6.

16) Allein die Flamines mußten nur beständig in der Stadt bleiben. LIVIUS XXIV. 8. XXXVII. 51. DRAKENBORCH ad Livium V. 52. Wie konnte aber die Stadt ein locus religiosus genennt werden? *L. pen. pr. D. de vacat. et excusat. muner.* worauf man sich beruft, will nur so viel sagen, daß Priester, die ihr Amt mit gutem Gewissen nicht verlassen können, nicht Rich=

Trotz [18]) und Püttmann [19]) angenommen haben, meinen, Ulpian rede hier von den Hütern der Grabmähler. Die Römer pflegten oft ihren Sclaven die Freyheit unter der Bedingung zu vermachen, daß sie bey ihrem Grabe eine beständige Wache halten sollten [20]). Das Wort religio scheint auch den Grabstätten vorzüglich eigen gewesen zu seyn. Allein solche Freygelassene fesselte wohl mehr der Wille des Verstorbenen, als die Heiligkeit des Orts, wie schon Lycklama van Nyholt [21]) eingesehen, und Modestin [22]) in den Worten: *officio tamen iudicis eos* (sc. libertos) *esse compellendos*, TESTATRICIS IUSSIONI *parere*, deutlich zu erkennen giebt. Voet [23]) will daher den Ulpian vielmehr von solchen verstehen, denen die Aufsicht und Verwahrung der Heiligthümer anvertraut worden, welche man Aedituos und Hierophylacos [24]) nannte; Wis-

Richter werden dürfen, womit auch *L. 32. §. 4. D. de recept. arbitr.* übereinstimmt.

17) Analect. lib. II. cap. 4. in *Thes. Otton.* T. II. pag. 394. sqq.

18) Tract. iur. de memoria propagata Lib. I. Cap. VI. §. 5. pag. 394.

19) Interpretat. et Observat. Cap. 13.

20) *L. 44. D. de manumiss. testam. L. 18. §. 4. D. de alim. et cibar. legat. L. 71. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 3. D. de sepulchro viol.* S. *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. X. §. 3. pag. 260. et *Io.* KIRCHMANN de funeribus Rom. Lib. III. cap. 22. pag. 325. sqq.

21) Membranar. Lib. VII. Eclog. 22.

22) Cit. *L. 44. D. de manumiss. testam.*

23) in Commentar. ad Digesta h. T. §. 3.

24) *L. 20. §. 1. D. de ann. legat.* S. *de* ROEHR in Otio Daventriensi lib. I. cap. 10.

Wissenbach [25]) hingegen, und Freher [26]) von denjenigen die den Gottesdienst beywohnten, und solchen nicht ehe verlassen durften, als bis der Priester Ilicet ausgerufe hatte. Diese beyden letztern Meinungen nähern sich wol am meisten der Wahrscheinlichkeit, es verdient daher di Muthmassung des van Hees [27]), Westenberg [28]) un Arntzenius [29]) unstreitig den Vorzug, welche den Ulpiai überhaupt von denjenigen verstehen, die bey dem Gottes dienst entweder aus besondern Beruf, wie z. B. sacrorun ministri, aeditui, popae, victimarii, oder auch nur au Andacht zugegen waren [30]). Denn so wie diese den Got tesdienst nicht verlassen durften, bevor er geendigt war, s sollten sie auch nicht vor Gericht gezogen werden, damit de Gottesdienst nicht gestöret würde [31]).

25) in Disputat. ad Pandect. h. t. Thes. 9.

26) Παρεργων s. Verisimil. lib. II. cap. 18. in *Thes. Otton.* T. I pag. 930.

27) in Dissertat. alleg. Cap. II. §. 19.

28) in Digestis h. t. §. 21.

29) Dissertat. ad L. 2. D. h. t. Cap. VI. pag. 311. Dieser Meinung stimmt auch *Herm.* CANNEGIETER in Observat. iuris Rom. lib. II. cap. 3. pag. 149. bey.

30) Daß das Wort *religio* auch von locis sacris gebraucht werde, beweißt *L. 2. §. 19. D. ne quid in loco publico* und *religio templi* sagen CURTIUS X. 9. in fin. IUSTINUS XXXIX. 1. 8. TACITUS *Histor.* I. 40.

31) Sehr sinnreich ist die Erklärung des Herrn Prof. Woltär in der Hallischen jurist. Bibliothek. 2. Versuch. (Thorn 1794.) S. 182. welcher *religio loci* von denen erklärt, die pflichtenhalber einen Ort nicht verlassen dürfen, der Grund mag in den

Ferner sollen auch nicht vor Gericht gefordert werden, *qui equo publico in causa publica transvehuntur.* Ueber den Sinn dieser Worte sind ebenfalls die Ausleger nicht einverstanden. Einige halten dafür, Ulpian habe hier auf den feyerlichen Triumpheinzug gesehen, den die römischen Ritter alle Jahr in das Capitolium zu halten pflegten. Diese wollen daher statt *in causa publica*, in Capitolium lesen [32]. Andere meinen, die Worte Ulpians seyen auf den Census oder die Musterung (Reveue) der römischen Ritter zu deuten, welche auch *Transvectio* genannt, und Anfangs von den Censoren, hernach von den Kaisern gehalten wurde. Diese lesen statt in causa publica, *in censu publico* [33]. Daß bey dieser Reveue kein Ritter habe in ius vocirt werden können, bemerkt auch Sueton [34], als ein besonderes Privilegium, welches Kaiser August den Rittern ertheilt hat. Allein wahrscheinlich redet wohl Ulpian nicht von jenen Rittern allein, sondern scheint vielmehr alle diejenigen überhaupt gemeint zu haben, welche sich eines gemeinen und öffentlichen Pferdes in irgend einer öffentlichen Angelegen-

der Beschaffenheit des Orts, oder in dem Verhältniß liegen, in welchem Jemand mit seinem Mitmenschen stehet, oder in der Religiosität des Menschen u. s. w. liegen. Die Worte könnten also auch auf eine Schildwache angewendet werden.

32) *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pandect. h. t. pag. 69. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 29. *Iac.* RAEVARDUS Varior. lib. II. cap. 15.

33) *Franc.* HOTTOMANNUS Observation. lib. III. cap. 21. *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. Cap. 20. *Pet.* PERRENONIUS in Animadversion. et variis Lectionib. Lib. I. Cap. XVII. in *Thes. Otton.* T. I. p. 614.

34) in *vita Augusti* c. 38.

genheit bedienten. Diese sollen durch keine Ladung vor Gericht in ihrem Geschäft aufgehalten und gehindert werden [35]). Für diese Erklärung spricht wenigstens der natürliche Verstand der Worte, und auch die Basiliken bestätigen sie [36]). Daher auch die meisten Rechtsgelehrten sie annehmen [37]). Ein gleiches Vorrecht wird weiter denen zugestanden, welche eine Heyrath vollziehen, nicht weniger den Richtern Iudicibus pedaneis, Centumviris etc. [38]), wenn sie in Untersuchung eines Rechtshandels begriffen sind. Auch soll Niemand, welcher Geschäfte halber im Ge-

35) Daß zu öffentlichen Angelegenheiten Pferde auf Kosten des Staats unterhalten worden sind, die man *equos publicos* auch *cursuales*, *veredos*, nannte, ist eine bekannte Sache. Die Erlaubniß, sich derselben zu bedienen, hieß *Evectio*, und wurde durch ein *diploma* ertheilt. *L. 157. D. de Verb. obl.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentario ad Cod. Theod. tit. de cursu publico, und BERGIERIUS de viis militaribus lib. IV. c. 12.

36) *Lib. VII. Tit. 8.* wo die Worte Ulpians folgendergestalt erklärt werden: Τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ: d. i. *neque eum, qui propter publicam causam cursu publico transvebitur.*

37) *Marqu.* FREHER in Parergis Lib. II. cap. 18. *Io.* CORASIUS in Miscellaneis Lib. I. cap. 11. pag. 29. *Io. Erbard.* KAPP in Diss. de annua equitum Rom. transvectione et de eorundem recognitione seu censura. *Lipsiae* 1734. Cap. II. §. 30. *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante lit. contest. fiebant. Cap. II. §. 22. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. und ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. VII. pag. 317.

38) S. den 1sten Abschnitt dieses 3ten Bandes §. 190. S. 65. ff.

richte ist, seiner eigenen Schuld wegen vocirt werden; Ulpian sagt: *dum quis apud Praetorem causam agit* [39]). Diesen fügt endlich Ulpian auch noch diejenigen bey, welche mit Bestattung oder Begleitung einer Leiche zu thun haben [40]), oder auch den Gedächtnißtag eines Verstorbenen feyern. Denn auch diese Gedächtnißfeyer wird unter dem Ausdruck *iusta facere* begriffen [41]).

In dem andern Theile seines Edicts verordnete der Prätor, daß weder Eltern noch Patrone, und überhaupt solche Personen, denen man eine besondere Ehrerbietung zu erweisen schuldig ist, ohne obrigkeitliche Erlaubniß, nicht vor Gericht gezogen werden sollen [42]). Konnte der Kläger den Be-

39) S. Woltär a. a. O. S. 182.

40) Die Redensart *iusta facere* heißt nicht blos, wie die Glosse selbige erklärt, corpus lavare defuncti, sondern illa praestare quae curando cadaveri, funeri adornando et exsequiis parandis erant necessaria, wie Arntzenius in cit. Diss. Cap. VIII. S. 326. ausführlich zeigt. Die Römer pflegten gewöhnlich ihre Todten erst am neunten Tage zu beerdigen, wie GUTHERIUS de iure manium Lib. I. cap. 16. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Papp. lib. III. cap. 2. erwiesen haben. War der Leichnam am neunten Tage begraben, so geschahe am folgenden Tage die Lustration, und dann wurden die feriae denicales gefeiert, welche auch drey Tage dauerten. Während dieser ganzen Zeit durfte nun Niemand vocirt werden. S. TROTZ de memoria propagata pag. 527.

41) S. ARNTZENIUS in Specimine Observationum (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. VII. p. 38. sqq. und GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 11.

42) *L. 4. §. 1. D. L. 13. D. h. t. L. 1. C. eod. L. 7. §. 4. D. de obsequ. parent. et patron. praest.*

Beklagten nicht habhaft werden, er hielt sich z. B. beständig zu Hause, denn niemanden durfte man aus seinem Hause vor Gericht schleppen[43]), so mußte die Ladung durch den Executor oder Gerichtsdiener oder durch öffentlichen Anschlag (Edictum) bewirket werden[44]). Diese öffentliche oder gerichtliche Ladung durch den Executor scheint in der Folge das gewöhnliche Mittel geworden zu seyn, dessen sich die Vornehmern bedienten, wenn sie an Jemand etwas zu fordern hatten[45]). Die Privatvocation ist indessen niemals durch ein ausdrückliches Gesetz aufgehoben worden, sondern nur nach und nach ist sie abgekommen. Ja noch zu Justinians Zeiten muß es den Klägern erlaubt gewesen seyn, sich derselben zu bedienen, weil nicht zu glauben ist, daß die Verfasser unserer Pandecten von einer blossen Antiquität so ausführlich gehandelt haben würden[46]). Von der vocatio in ius war übrigens sowohl die *citatio* als *litis denunciatio* verschieden. Wenn nämlich der Prätor, oder der iudex pedaneus im Gerichte eine vorbeschiedene Parthey aufrufen ließ, um jetzt vorzutreten, und zu han-

43) *L. 18. D. h. t.* — quia domus tutissimum cuique refugium et receptaculum est, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferri videri. Add. CICERO *pro domo* cap. 41.

44) *L. 75. D. de iudic.*

45) *§. 24. 25. 26. I. de action. L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocat. L. 5. L. 82. D. de iudic. L. 25. Cod. de Episcop et cleric. L. 3. L. 7. C. de praescr. 30. vel. 40. annor. L. 3. C. de annal. except.* u. *L. 5. C. de ingen. manum.*

46) Eben so denken VULTEIUS in Disceptat. schol. pag. 23. SLEVOGT in cit. Dissertat. pag. 30. und *van* HEES in cit. Dissertat. Cap. II. §. 35. Allein ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. II. in fin. pag. 271. ist anderer Meinung.

handeln, so hieß das *Citatio*[47]). Wenn hingegen der Kläger den Beklagten durch das Gericht schriftlich ankündigen ließ, daß er ihn belangen werde, so hieß dieses *litis denunciatio*[48]).

Nach dem neuern Römischen Rechte pflegte der Kläger seine Klage schriftlich im Gericht zu übergeben, die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift (libellum conventionis) durch den Gerichtsboten (viatorem, s. executorem litis) dem Beklagten, mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, insinuiren. Der Beklagte mußte den Klaglibell unterschreiben, mit Bemerkung der Zeit, wenn ehe ihm derselbe zugestellet worden, und dem Gerichtsdiener die Insinuationsgebühren bezahlen, die sich nach dem Gegenstand der Klage richteten[49])

§. 220.

47) *L. 7. D. de restitut. in integr.* Man sehe hiervon *Barn.* BRISSONIUS de Formul. et solemnib. pop. Rom. verbis Lib. V. Nr. CXCI. Ebenderselbe de Verbor. significat. voc. *citare.* DUARENUS Disputat. anniverf. Lib. I. c. 7. Die Citation geschahe also nicht bloß, wie WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 31 — 33. behauptet, coram iudice pedaneo. Daß auch die Centumviral-Richter in den ihnen übertragenen Sachen die Partheyen citirten, d. i. dieselben zur Verhandlung ihrer Sachen aufforderten, beweißt *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 28. pag. 509.

48) Nicht nur in den Gesetzen der Pandecten geschieht derselben Erwähnung, *L. 7. D. de inoff. testam. L. 20. §. 11. D. de hered. petit.* sondern es kommt auch in Cod. Theodos. lib. II. ein ganzer Titel (Tit. IV.) *de litis denunciatione* vor. Add. *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sent.* Von dieser habe ich in meinen Opusc. Fasc. II. S. 356. ff. ausführlich gehandelt.

49) *Nov. LIII. cap. 3. Nov. CXII. cap. 2. §. 24. I. de actionib.* Conf. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

§. 220.

Heutiger Gebrauch der römischen in ius vocatio. Von welcher Handlung nimmt der Proceß h. z. T. seinen Anfang?

Nach der heutigen Gerichtsverfassung geschieht die Vorladung des Beklagten gewöhnlich durch Verfügung des Richters, und wird *Citatio* genennt. Die römische in ius vocatio privata findet daher in der Regel nicht mehr statt, und von dem Edict des Prätors, worin er einige Personen gar nicht, andere nicht ohne seine Erlaubniß vor Gericht zu fordern verordnete, ist ebenfalls kein Gebrauch zu machen. Man kann daher nach heutigem Rechte nicht nur obrigkeitliche Personen während ihres Amts vor Gericht belangen, sondern auch Eltern können vor Gericht geladen werden[50]). Das bey den Römern nöthige Gesuch um Erlaubniß fällt, in so fern die Citation durch den Richter verfügt wird, von selbst weg[51]). Wozu also die Bemerkung der Verwandschaft des Klägers mit dem Beklagten, und der dem letztern schuldigen Ehrerbietung, in der Klagschrift? welche Stryk[52]) und Böhmer[53]) noch heutiges Tages für nöthig halten wollen, deren Meinung Wernher[54]) gründlich widerlegt hat. Wie aber, wenn ein Kläger heut zu Tage dennoch seinen Gegner, ohne Mitwirkung der Obrigkeit desselben, vor

50) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. LAUTERBACH in Coll. Pandect. Theor. pract. h. t. §. 14.

51) S. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 5. et sqq.

52) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2.

53) in doctrina Digest. h. t. §. 3.

54) in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

vor Gericht gefordert hätte? Man unterscheide, der Kläger war entweder in Gefahr, das Seinige zu verlieren, weil der Schuldner im Begriff war, sich auf die Flucht zu begeben, oder nicht. Im ersten Fall findet, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, auch noch heutiges Tages die in ius vocatio privata statt, und es ist für keine strafwürdige Selbsthülfe anzusehen, wenn auch der Gläubiger seinen Schuldner obtorto collo vors Gericht geschleppt hätte [55]. Im andern Fall hat der Kläger entweder Gewalt gebraucht, oder nicht. In jenem Falle verdient die Thathandlung des Klägers Ahndung, in diesem aber ist der Beklagte entweder dem Rufe des Klägers zu Folge gutwillig vor Gericht erschienen, oder nicht. Im erstern Falle hat der Beklagte durch sein Erscheinen die Handlung des Klägers genehmiget, und die Einrede einer nicht gehörig geschehenen Citation findet nicht statt [56]; im letztern Fall hingegen ist die geschehene Vocation ohne Wirkung, und der ausgebliebene Gegner kann keines Ungehorsams beschuldigt, aber auch der Kläger nicht iniuriarum dieserhalb belangt werden, da der Antrag desselben an den Beklagten, mit ihm vor Gericht zu gehen, an sich für keine unerlaubte Handlung angesehen werden kann [57].

Hier-

55) GAILL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 44. COCCEJI in Iure civ. controv. cit. loc. Qu. 2. in fin. SLEVOGT in Diss. de in ius vocatione antiqua et nova pag. 30. Add. *L. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor.*

56) *Quia citationis effectus est comparitio, et ideo sufficit, reum comparuisse, nec ei prodest, si alleget, se illegitime citatum.* S. MYNSINGER in Observat. Cameral. Centur. II. Obs. 18.

57) SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 31. sq.

Hieraus läßt sich nun auch die Frage entscheiden, von welcher Handlung heutiges Tages der Proceß seinen Anfang nehme[58]? In der Regel fängt sich der Proceß mit dem Anbringen der Klage an, es mag nun solches mündlich oder schriftlich geschehen[59]. Wenn in dem cap 1. X. de libelli oblat. gesagt wird: *iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis offerat*, so ist dieses von dem ordentlichen bürgerlichen Proceß zu verstehen, in welchem die Klage schriftlich angebracht werden muß[60]. Denn im summarischen Proceß kann das Anbringen der Klage auch mündlich geschehen[61]. Auf dieses Anbringen des Klägers folgt erst die Citation des Beklagten.

§. 221.

Begriff der heutigen Citation.

Unter **Citation** oder **richterlicher Ladung** wird heut zu Tage im weiten Sinn jede gesetzmäßige Verfügung des competenten Richters begriffen, welche zu dem Ende geschieht, um das Vorbringen einer Parthey ihrem Gegner zur Kenntniß zu bringen, und diesen hierdurch in den Stand zu setzen, daß er sein Recht dagegen vertheidige.

58) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

59) **Grolmann** Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 165.

60) *I. H.* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. III. §. 2. *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 559. sqq. Hr. Hofr. **Oelze** in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 66.

61) *Clement.* 2. *de Verb. Signif.*

ge[62]). Insbesondere aber versteht man darunter den Befehl des zuständigen Richters, daß Jemand in Person oder durch einen genugsam legitimirten Bevollmächtigten, zu oder binnen einer gewissen Zeit, vor Gericht erscheinen, und daselbst eine ihm auferlegte bestimmte Handlung vornehmen solle[63]).

§. 222.

Eintheilungen derselben.

Die Citation ist nun, wenn wir auf die Art und Weise sehen, wie sie geschiehet, sehr verschieden. Man theilt sie in die ordentliche und die außerordentliche ein. Erstere wird diejenige genennt, welche vermittelst einer bloßen Insinuation demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, wörtlich, und zwar entweder mündlich oder schriftlich, bekannt gemacht wird; letztere aber ist diejenige, welche außer der Ordnung durch Verhaftnehmung des Vorzuladenden, oder durch eine öffentliche Bekanntmachung geschieht. Die außerordentliche Citation ist daher wieder von zweyerley Art, entweder die Realcitation oder die öffentliche Ladung[64]).

Erstere

62) S. Danz Grundს. §. 93. Not. c.

63) S. *Io. Tob.* REINHARDT potissima capita et cautelae ex doctrina de citatione. *Erf.* 1731. *Car. Lud.* BERGER Diss. de citatione. *Argentor.* 1779.

64) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citatione extraordinaria. *Ienae* 1704.

Erstere[65]), welche durch persönliche Arretirung des Vorzuladenden geschieht, ist in peinlichen Fällen wegen eines gegründeten Verdachts erlaubt; in Civilfällen aber findet sie nur wegen eines beharrlichen Ungehorsams, oder wegen eines Verdachts der Flucht Statt, oder wo sonst persönliche Gegenwart, wie z. B. im Wechselprozeß, erforderlich ist[66]).

§. 223.

Ausserordentliche Verbal- oder öffentliche Ladung. Besondere Ursachen der Edictalcitation.

Die andere Art der ausserordentlichen Ladung ist die öffentliche. Sie kann auf verschiedene Art geschehen, und es hängt von den Umständen und dem Ermessen des Richters in den vorkommenden Fällen ab, wie die Publication am zweckmäßigsten geschieht. Sie kann nämlich entweder mündlich geschehen, durch ein Ablesen von der Kanzel in den Kirchen, oder durch einen Herold nach vorhergegangenem Trommelschlag, oder Läutung der Glocken, auf öffentlichen Plätzen; oder schriftlich durch Einrückung in öffentliche Blätter, z. E. in die Zeitungen oder In-

65) S. *Frid.* POSNER Decisiones de citatione reali. *Lips.* 1704 *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. sieht die Realcitation bloß als ein remedium praecavendi an, ne in ius vocatio effectu careat, und verwirft daher diese Eintheilung; allein, wie mich dünkt, ohne hinreichenden Grund.

66) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 2. Th. §. 646. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 18. sqq. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 96.

Intelligenzblätter, oder durch einen öffentlichen Anschlag in drey verschiedener Herren Landen oder doch in drey verschiedenen Gerichtsbezirken. Diese letztere Art der öffentlichen Ladung wird eine Edictalcitation [67]) genennt. Eine solche öffentliche Ladung ist nur, als Ausnahme von der Regel, dann erlaubt, wenn die Privatladung unanwendbar ist. Die besondern Ursachen einer Edictalcitation [68]) sind von dreyerley Art:

1) wenn die Namen der zu Citirenden unbekannt sind. Dieß ist der Fall

a) bey Gläubigern, wenn ein Concurs eröffnet wird [69]), oder wenn der Erbe die Erbschaft mit der Wohlthat des Inventariums antritt, und ihm daran liegt, zu wissen, was für Schulden der Verstorbene hinterlassen hat, um den sich überlegen zu können, ob er die Erbschaft behalten, oder lieber an die Gläubiger abtreten solle [70]).

b) Bey

67) S. *Iust.* BARCKHAUSEN Diss. de citatione edictali. *Marb.* 1680. *Petr.* SCHULZ Diss. eiusd. arg. *Francof.* 1698. et *Godofr. Reinh.* KOESELITII Dissertat. praeside *Geb. Christ.* BASTINELLERO def. *Vitemb.* 1718.

68) Vergl. *Andr. Aug.* HERING Diss. de caussis citationis edictalis praes. *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL def. *Vitemb.* 1791. 4.

69) Bekannte Gläubiger werden durch eine an sie gerichtete Privatcitation zusammenberufen, aber unbekannte durch Edictalien. S. *Ioach.* FRICK Diss. de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate. *Kilonii* 1729. Hrn. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. 2. Abschn. 1. Abth. §. 15. ff. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. XI. S. 1. und Th. XXII. S. 127. ff.

70) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Resp. IX. nr. 10. sqq. Es können jedoch diejenigen Gläubiger, die sich in dem

b) Bey Erben, wenn sie unbekannt sind, und entweder die Frage ist, ob die Verlassenschaft des Verstorbenen dem Fiscus zugefallen sey, oder ob ausser denen, die sich bereits zur Erbschaft gemeldet haben, noch mehrere gleich nahe oder vielleicht noch nähere Erben vorhanden sind. Es kann indessen die Wirkung der Präclusion in diesen Fällen nicht eintreten, weil die Erbschaftsklage erst in 30 Jahren verjährt wird, und diese den Erben in den Gesetzen vergönnte Zeit durch eine Edictalcitation keinesweges beschränkt werden kann [71]).

dem peremtorischen Termin nicht gemeldet haben, deswegen mit ihren nicht angebrachten Forderungen nicht schlechthin ausgeschlossen werden, sondern es kommt, wie *Frid. Es. a* PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 86. §. 4. erinnert, darauf an, ob der Erbe in lucro sich befindet, oder nicht, weil die Edictalcitation blos zur Sicherheit und Schadensverhütung des Erben, nicht aber zum Behuf eines Gewinnes verfügt wird, und überdem Niemandem die ihm in den Gesetzen vergönnten Klagefristen beschränkt werden können. (S. 6. Th. §. 532. S. 483.) Die Präclusion kann daher den Gläubigern, die sich nicht gemeldet haben, nichts schaden, wenn der Erbe noch Etwas von der Erbschaft besitzt, woraus sie ihre Bezahlung erhalten können. S. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellanae Tom. I. Decis. 2. Die Edictalcitation, und der in Gemäßheit derselben ergangene Präclusionsbescheid kann hingegen den Beneficialerben wenigstens gegen alle weitere Ansprüche der Gläubiger sicher stellen, um nichts aus seinem eigenen Vermögen weiter bezahlen zu dürfen; und sie ist daher besonders, um gegen die actio tributoria utilis gedeckt zu seyn, allerdings als eine nützliche Vorsicht anzurathen. S. Wolkärs Hallische jurist. Bibliothek. 2. Versuch S. 183.

71) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 106. pag. 165. sqq. und von Trützschler a. a. a. 3. Abschn. §. 17. S. 140. f.

2) Wenn zwar der Name des Vorzuladenden, aber nicht der Aufenthalt und Wohnort desselben bekannt ist. Dies ist der Fall bey Vagabunden, welche nirgends einen gewissen und beständigen Wohnsitz haben, auch an dem Orte, wo man sie belangt, nicht angetroffen werden [72]; deßgleichen bey Verschollenen, welche nicht eher, als nach geschehener Edictalcitation, für todt erklärt werden können [73]. Ferner im Desertionsprozeß wider einen entwichenen Ehegatten [74], auch bey entflohenen Verbrechern [75] u. d.

3) Wenn

72) Z. B. wenn die Klage in foro rei sitae, oder in foro originis, oder an dem Orte angestellet wird, wo der Vagabunde sonst sein domicilium hatte. S. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. T. IV. §. 1. Not. 6. Die Edictalcitation ist an den Orten anzuschlagen, wo man vermuthen kann, daß der Vorzuladende am ersten Nachricht davon erhalten werde, die Rechtsgelehrten sagen, *ubi solitus est vagabundus conversari.* S. GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 4. CARPZOV lib. II. Resp. 25. nr. 10. et 11. BASTINELLER cit. Diss. §. 6. et 7. Uebrigens ist bey Erlassung einer solchen Edictalcitation dem Richter alle Behutsamkeit zu empfehlen, damit er nicht aus Uebereilung Jemand für einen Vagabunden halte, der diesen Namen nicht verdient. Nam nemo praesumitur vagabundus. THOMASIUS in Tr. de vagabundo s. eo, qui est sine domicilio. Cap. II. §. 127. sqq.

73) S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de citatione edictali in hereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione. *Lipsiae* 1791. und vorzüglich Joh. Christ. von Quistorps rechtl. Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit. 1. Th. Bemerk. 16. S. 76. ff.

74) *Sam.* STRYK in Diss. de desertione coniugum malitiosa §. 38. CARPZOV in Iurisprud. eccles. s. consistor. Lib. III. Tit. V. def. 62. Ist der Aufenthalt des Entwichenen bekannt, so findet nur eine Privatladung Statt. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXIV. med. 2.

75) BASTINELLER cit. Diss. §. 18—20.

3) Wenn zwar beydes, Name und Aufenthalt des Vorzuladenden, bekannt ist, aber die Privatladung nicht wohl insinuirt werden kann. Dahin gehört, wenn der Vorzuladende die Einhändigung der Privatcitation auf alle mögliche Art zu hindern sucht[76]), oder wenn eine auswärtige Gerichtsobrigkeit, auf geschehene Requisition des ordentlichen Richters, die gebetene Citation zu besorgen, oder dem Vorzuladenden einhändigen zu lassen, ohne rechtmäßige Ursache verweigert[77]). Wäre der requirirte Richter, welcher die Einhändigung der Ladung zu besorgen verweigert, mit dem requirirenden in

 eben

76) *Cap.* 10. *X. de dolo et contum. Clem.* 1. *de iudiciis.* Zwar meint GAILL lib. I. Obs. 55. nr. 4. daß in diesem Falle die Ladung für insinuirt zu halten, und der Richter, ohne eine Edictalcitation zu verfügen, sogleich zum Definitiverkenntniß zu schreiten berechtigt sey; allein die Gesetze verordnen hier die Edictalcitation als ein weit sichereres Mittel. Diesem ist auch *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov.* nicht entgegen, denn vermöge dieser Verordnung soll nur zur Bewirkung einer Rechtshängigkeit citatio pro insinuata gehalten werden, si per citandum factum est, quominus ea ad notitiam eius perveniret. S. ALTESERRA in libros Clementinar. Commentarios lib. II. Tit. 5. pag. 48. *edit. Halensis.* und BASTINELLER cit. Diss. §. 13. Sollten etwa in der Abwesenheit des Vorzuladenden bloß desselben Dienstboten die Insinuation der Ladung zu behindern suchen, so muß der Richter vor allen Dingen die Zurückkunft des Abwesenden abwarten, und die Privatladung wiederholen, ehe er zur Edictalcitation schreiten darf. S. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 56.

77) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 5. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXII. medit. 5. Struben in den rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 189.

eben demselben Territorium und folglich eben demselben Oberrichter unterworfen, so findet eigentlich keine Edictalcitation Statt, sondern Requirent muß sich an den Oberrichter wenden, und diesen bitten, daß er den requirirten Richter zu seiner Schuldigkeit mit gebührendem Zwang anhalte [78]), es wäre denn, daß auch der Oberrichter seine Hülfe versagte, in welchem Falle der requirirende Richter doch noch zur Edictalcitation schreiten kann [79]). Auf jeden Fall ist es indessen, ehe man damit wirklich verfährt, rathsam und billig, die Requisition nochmals zu wiederholen, und dabey dem requirirten Richter zu erkennen zu geben, daß man bey fernerer Verweigerung der zu verfügen gebetenen Ladung, sich der Edictalcitation unfehlbar bedienen werde [80]). Zu dieser dritten Classe von Ursachen wird in dem canonischen Recht [81]) auch noch die gerechnet, wenn der Aufenthalt des Vorzuladenden nicht sicher genug ist, um ihm selbst die Ladung ohne Gefahr behändigen zu lassen. Man versteht dieß gewöhnlich von solchen Fällen, wenn an dem Orte, wo der Vorzuladende sich befindet, Krieg ist, oder die Pest graßirt [82]). Allein Krieg und Pest geben an sich der Edictalcitation keinen Platz, sondern es scheint wohl,

78) GRIEBNER in Princip. processf. iudic. Lib. I. Cap. I. Sect. II. §. 6. not. d. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 57.

79) ENGAU in Decis. P. I. Dec. 510.

80) BARTH in Hodegeta for. Cap. I. §. 14. HERING in Diss. cit. pag. 58.

81) *Clem. 1. de iudic. Clem. un. de foro comp. Clem. 3. de elect. Cap. 13. de offic. deleg. in 6to.*

82) STRYK Introduct. ad praxin for. Cap. IV. §. 3. BASTINELLER cit. Diss. §. 11.

wohl, wenn wir die angeführten Stellen des canonischen Rechts mit einander vergleichen, eigentlich der Fall gemeint zu seyn, wenn die eigene Macht oder Bosheit des Vorzuladenden den Ort seines Aufenthalts unsicher, und daher die Einhändigung der Ladung gefährlich macht [83]). Endlich behauptet man noch, daß wenn die Insinuation einer Privatladung mit zu großer Beschwerlichkeit verknüpft wäre, z. B. wegen großer Zahl der Vorzuladenden, welches der Fall beym Concurs der Gläubiger seyn kann, oder wegen zu weiter Entfernung des Wohnorts der Vorzuladenden, eine Edictalladung sofort verfügt werden könne [84]). Allein die bloße Beschwerlichkeit in Behändigung einer Privatladung ist an sich zur Erlassung der Edictalen nicht für hinreichend zu halten; da die Edictalcitation nur als eine subsidiarische angesehen wird, welche anders nicht Statt findet, als wenn es unmöglich ist, daß die ordentliche Ladung Platz greife; zumal, da jene Art der Citation gewissermassen pro ignominiosa gehalten wird, und daher bey Personen, deren Aufenthalt bekannt ist, keinesweges angewendet werden darf [85]). Uebrigens kann ein jeder Richter, er sey ordentlicher oder ein delegirter, ein Ober- oder Unterrichter,

 edicta-

83) S. GAILL in Observat. pract. Lib. I. Cap. 57. nr. 2. und HERING cit. Diss. pag. 59.

84) BARCKHAUSEN cit. Diss. de citat. edict. §. 24. MEVIUS Part. VIII. Decis. 251. nr. 3—5. BASTINELLER cit. Diss. §. 12.

85) Eben so urtheilt der Verfasser der angef. Abhandl. über die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. (Leipzig 1781. 8.) 2. Abschn. 1. Abtheil. §. 18. Siehe auch HERING cit. Diss. pag. 60.

edictaliter citiren, sofern er in der Sache, in welcher eine solche Citation zu erlassen ist, den Vorzuladenden, wenn nur dieses möglich gewesen wäre, privatim hätte citiren können [86]). Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten diese Befugniß den Unterrichtern und Commissarien schlechthin absprechen wollen [87]).

§. 224.

Verschiedene Arten der ordentlichen Ladung.

Die ordentliche Citation, welche demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, selbst mit Worten bekannt gemacht wird, kann entweder eine mündliche oder schriftliche seyn. Die erstere findet in dem summarischen, die letztere aber in dem ordentlichen Prozeß Statt. Jedoch werden angesehene Personen, ohne Unterschied der Sachen, jederzeit schriftlich vor Gericht geladen [88]). Bey mündlichen Ladungen ersetzt den Abgang des schriftlichen Aufsatzes eine kurze Registratur zu den Acten, welche die geschehene Ladung enthält [89]).

§. 225.

86) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Progr. de iudice edictaliter citante. *Vitemb.* 1791. 4.

87) Z. B. MARANTA in Specul. aur. P. VI. Tit. de citat. nr. 82. GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 13. RULANT de Commissar. P. I. lib. V. cap. 3. nr. 26. Allein *L.* 2. *D. de iurisdict.* und die *Avth.* Qui semel *Cod. quomodo et quando iudex.* widerlegen diese Träume von selbst.

88) Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 559.

89) Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 97.

§. 225.

Nothwendigkeit und Zweck der Ladung. Besondere und allgemeine Citation.

Die Vorladung des Beklagten ist nun in einer jeden Prozeßart unumgänglich nöthig. Denn der Zweck eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist, daß jeder Theil bey seinem Rechte durch die richterliche Hülfe geschützt werde. Ungerecht würde es daher seyn, wenn der Richter die Rechtsverhältnisse unter zwey verschiedenen Partheyen nach dem einseitigen Vorbringen des einen Theils bestimmen, und den andern ohne rechtliches Gehör verurtheilen wollte [90]). Die Citation darf also, ohne unheilbare Nichtigkeit zu veranlassen, der Regel nach niemals unterlassen werden [91]),

 wenn

90) *L. 5. pr. D. de poenis. L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. proferre deb. Cap. 8. X. de maior. et obed.*

91) *L. 1. §. 3. D. Quae sentent. sine appellat. L. 4. C. de sentent. et interlocut. iudic.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 66. behauptet sogar, daß nicht einmal ein zu Gunsten des nicht Vorgeladenen gefälltes richterliches Erkenntniß gültig sey. Cum ea, quae contra leges gesta sunt, nulla sint, nec ob privatam personae singularis utilitatem soleant convalescere. Allein die von ihm angeführte *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. profer. deb.* redet eigentlich nur davon, si quae statuuntur ADVERSUS ABSENTES non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more conventos. Ein solches Urtheil wird nicht gültig, wenn auch gleich der Verurtheilte, nachdem er Wissenschaft davon erhalten, kein Rechtsmittel dagegen eingewendet hätte. Das angeführte Gesetz sagt: iudicatae rei firmitatem non obtinere, certum est. Diesem ist *L. 3. C. eodem* nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Falle zu verstehen, da der Verurtheilte vorher gehörig citirt worden, allein

wenn gleich der Richter vermuthen könnte, daß der Vorzuladende es ohnehin wissen werde, was seinetwegen vor Gericht geschehen soll. Denn Niemand ist verbunden, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht zu erscheinen. Allein deswegen will dennoch unser Verfasser die Ladung nicht, wie man insgemein dafür hält, zu den wesentlichen Bestandtheilen des Processes rechnen [92]), weil es Fälle giebt, wo sie, der Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens unbeschadet, unterlassen werden kann [93]). Dahin gehört einmal, wenn der Beklagte freywillig, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht erscheint, und auf die Klage antwortet [94]). Zweytens, wenn Gefahr auf dem Verzug haftet [95]), oder das An-

allein sich abwesend befand, und auch keinen Procurator hinterlassen hatte. Hieraus konnte der Richter wenigstens einen Ungehorsam präsumiren, und wider den Abwesenden erkennen. Unter diesen Umständen aber darf freylich der Verurtheilte, sobald er von dem Erkenntniß wider ihn Nachricht erhalten, nicht schweigen. S. SICHARDI Praelect. in Cod. h. L. BRUNNEMANN Commentar. ad Codic. ead. L. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* meditat. ad Pandect. Tom. V. Fasc. I. Obs. 764.

92) Unserm Verf. stimmt auch *Chr. Gottl.* BIENER in System. processus iudiciarii. Tom. I. §. 5[illegible]. Obs. 1. pag. 124. bey.

93) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de citatione ad Processum non necessaria. *Ienae* 1713.

94) MEVIUS in Decision. Tom. I. P. V. dec. 140.

95) Z. B. in possessorio summariissimo, wo zu besorgen, daß es zu Thätlichkeiten kommen möchte. S. MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 237. Denn ausser diesem Falle ist die Ladung auch in possessorio summariissimo nicht zu unterlassen. *de* BERGER in Electis processus possessorii §. 5. pag. 91. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 4. Th. §. 158. S. 93.

Anbringen des Klägers ganz klar, und die Handlung des Beklagten, worüber sich der erstere beschwert, auf keine Weise zu rechtfertigen ist; in welchen Fällen der Richter Befehle erlassen kann, ohne denjenigen, wider welchen sie ergehen, vorher zu hören, welche man mandata sine clausula nennt [96]). Alles dessen ungeachtet läßt sich dennoch nicht bezweifeln, daß die Ladung des Beklagten zu den wesentlichen Stücken des Prozesses gehöre. Man unterscheide nur mit Grolmann [97]) zwischen den absolut wesentlichen und bedingt wesentlichen Theilen des Verfahrens, denn nur zu den letztern ist die Vorladung zu zählen [98]). Die Citation ist jedoch nicht nur überhaupt in jedem Prozeß nöthig, sondern sie muß auch zu jeder einzelnen dazu gehörigen, und von den Partheyen zu besorgenden gerichtlichen Handlung geschehen [99]). Denn der Zweck einer jeden Ladung ist nicht bloß der, daß der Geladene vor Gericht erscheine, sondern daß er sich auch zu dem daselbst vorzunehmenden Geschäft gehörig vorbereiten könne [100]). Daher eine allgemeine Ladung, welche nur überhaupt und zum ganzen Prozeß geschiehet, ausser bey den höchsten Reichsgerichten, der Regel nach nicht Statt findet [1]).

§. 226.

96) GAILL in Observat. pract. lib. I. obs. 13.

97) Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 75.

98) S. Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. Band. Nr. XXVII. §. 13. u. 14.

99) *L. 47. D. de re iudic.* LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 35.

100) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 1. *Paul. Ios.* a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 572.

1) GAILL lib. I. Obs. 51. nr. 10. et *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 3. §. 10.

§. 266.

Erforderniſſe einer geſetzmäßigen Ladung. I. Sie muß vom competenten Richter erlaſſen werden, und daher den Namen des Richters, welcher ſie verfügt, enthalten.

Soll hiernächſt eine Ladung gültig und von Wirkung seyn, ſo wird dazu erfordert [2]), I. daß ſie von dem gehörigen Richter erlaſſen werde [3]), welcher in der Sache, weßwegen der Geladene erſcheinen ſoll, ohne allen Zweifel die Gerichtsbarkeit hat, es mag nun entweder der ordentliche, oder ein commiſſariſcher Richter ſeyn [4]). Iſt die Ladung von einem ganz incompetenten Richter geſchehen, der über den Vorgeladenen entweder gar keine, oder wenigſtens diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit offenbar nicht hat, in welche das zu verhandelnde Geſchäft einſchlägt, ſo iſt der Vorgeladene einem ſolchen Richter Folge zu leiſten nicht verbunden [5]). Wäre hingegen die Zuſtändigkeit des Richters nur zweifelhaft, ſo muß der Vorgeladene zwar erſcheinen, er kann aber die ihm zuſtehende Einrede entgegenſetzen, und muß darüber Beſcheid erwarten [6]). Damit nun aber der

2) *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de citationis requiſitis et efficacia. *Ienae* 1708. rec. *Halae* 1740.

3) *L. 53. §. 3. D. de re iudic.*

4) *Cap. 29. X. de offic. et poteſt. iudic. deleg.*

5) *L. ult. D. iurisdict.* Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem eſt, et ſi ſupra iurisdictionem ſuam velit ius dicere.

6) *L. 2. pr. D. Si quis in ius voc. non ierit. L. 5. D. de iudiciis.* MEVIUS P. I. Deciſ. 131. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. II. Tit. V. Quaeſt. 1. EMMINGHAUS in not. r. ad Eundem, LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. Lib. II. Tit. V.

der Citirte beurtheilen könne, ob der vorladende Richter competent sey; so ist nöthig, daß die Ladung den Namen des

Tit. V. §. 3. HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 697. u. a. m. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten behaupten, daß der Vorgeladene in jedem Falle erscheinen, oder wenigstens schriftlich die Einrede des incompetenten Richters an- und ausführen müsse, wenn es auch gleich notorisch sey, daß er dem Gerichtszwange des fordernden Richters auf keine Weise unterworfen sey. Habe er dieses gethan, so brauche er den weiteren Verfügungen dieses Richters nicht ferner Folge zu leisten. Dieß, glauben sie, sey der eigentliche Sinn der *L. ult. D. de iurisdict.* und so sey kein Widerspruch vorhanden, wenn es in der *L. 2. pr. D. si quis in ius vocat. non ierit.* heiße: Ex quacunque causa ad Praetorem, vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus, venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. Man sehe *Ger.* NOODT in Commentar. in Digest. lib. II. Tit. V. in fin. und *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Disput. IV. Libri II. Specim. II. contin. *Lipsiae* 1748. §. 6. Allein ich kann dieser Meinung nicht beypflichten. Denn müßte sich der Vorgeladene wenigstens in sofern auch vor einem offenbar incompetenten Richter stellen, um die ihm deshalb zustehende Einrede entgegen zu setzen, wie könnte das Gesetz sagen: magistratui vocanti impune non pareri? Denn was befiehlt denn die vorladende Obrigkeit anders, als daß der Citirte erscheine? Sodann zeigen die Worte der angeführten *L. 2. pr.* ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit, offenbar an, daß die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft seyn müsse, wenn der Citirte erscheinen soll. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn es in der *L. 5. D. de iudiciis* heißt: Nam et legati, caeterique, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant, privilegia sua allegaturi. Denn die römischen Gesandten hatten das ius domum revocandi, von welchem Privilegium ich an einem andern Orte (S. 248. folg.) gehandelt habe,

des Richters enthalte, welcher dieselbe erlassen hat [7]). Der ordentliche Richter bedient sich gewöhnlich des Namens des Gerichts; ein commissarischer Richter hingegen muß seinen eigenen Namen ausdrücken, und eine Abschrift seines Auftragsschreibens der Ladung beylegen [8]). Ist dieses geschehen, so muß der Vorgeladene erscheinen, wenn gleich das Commissoriale erschlichen seyn sollte. Denn da dieses nie im Zweifel zu vermuthen, so muß die Einrede der Subreption gehörig vorgeschützt und bewiesen werden. Geschiehet dieses nicht ordnungsmäßig, so hat es sich der ausblei-

habe, nicht, wenn sie an dem Orte, wo sie belangt wurden, contrahirt hatten, und ihre Gesandschaft geendigt war. Bey andern, die keine Gesandten waren, fiel das privilegium revocandi domum ohnehin weg, wenn sie da contrahirt hatten, wo sie deßhalb belangt wurden, wie aus *L. 2. §. 3. et 4. D. de iudiciis* erhellet. Die Obrigkeit konnte also bey solchen Personen nie vorher wissen, ob sie sich in dem Falle befanden, wo sie von ihrem Privilegium Gebrauch machen konnten. Sie mußten also auf geschehene Vorladung erscheinen, privilegis sua allegaturi. Hier ist also wieder von einem solchen Falle die Rede, wo es zweifelhaft ist, ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange des fordernden Magistrats unterworfen sey, wie aus dem *§. 6. cit. L. 2. D. de iudic.* zu ersehen ist, wo es heißt: Si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne, ipse Praetor debet causa cognita statuere. Man sehe hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES ET DE MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. Lib. I. pag. 338. et sq. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. Lib. II. Tit. V. §. 1.

7) Man vergleiche hier besonders GAILL in Observat. pract. lib. I. Obs. 48.

8) *Cap. 2. X. de dilation.* GAILL cit. loc. nr. 27.

bleibende Theil selbst zuzuschreiben, wenn gegen ihn in contumaciam verfahren wird [9]. Uebrigens macht der Irrthum im Namen des Richters die Ladung ungültig, in sofern daraus eine unauflösliche Ungewißheit entsteht, vor welchem Richter man erscheinen soll [10].

§. 227.

II. Die vorzunehmende gerichtliche Handlung.

Der Zweck der Citation (§. 225.) erfordert ferner; II. daß die zu verrichtende Handlung dem Vorzuladenden bestimmt angezeigt werde, um welcher Willen er vor Gericht erscheinen soll. Nur auf diese erstreckt sich die Wirkung der erlassenen Citation, und kann auf andere nicht besonders benannte Handlungen, in sofern sie mit der in der Ladung angezeigten in keiner Verbindung stehen, nicht ausgedehnt werden [11]. Zwar will Gaill [12] das Gegentheil behaupten, weil eine Parthey, die in dem Gerichte schon gegenwärtig ist, nicht mehr vorgeladen zu werden brauche, indem ja eben darin die vorzüglichste Wirkung der Citation bestehe, daß der Geladene vor Gericht erscheine. Allein schon Carpzov [13] hat die Schwäche dieser Gründe hinlänglich gezeigt, und unser Verfasser bemerkt ganz richtig,

9) GAILL cit. loc. nr. 18.

10) GAILL cit. loc. nr. 23. et SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 11.

11) MEVIUS P. IV. Decis. 281. not. 5. CARPZOV in Respons. iuris Lib. III. Tit. II. resp. 22. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. not. g. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 112.

12) in Observat. pract. lib. I. Obs. 51. nr. 7. sq.

13) am angef. Ort num. 12. sqq.

tig, daß es nicht genug sey, daß Jemand im Gericht sich gegenwärtig befinde, sondern noch hauptsächlich erfordert werde, daß er zu dem Geschäft gehörig vorbereitet sey, welches er vor Gericht vornehmen soll. Eben deswegen muß auch in der Citation ein geraumer Termin bestimmt werden, damit der Geladene sich zu der ihm auferlegten gerichtlichen Handlung gehörig vorbereiten könne. Ist dieser gar zu kurz, so ist schon darum die Ladung unverbindlich [14].

§. 228.

III. Die schriftliche Ladung muß gehörig abgefaßt werden.

Geschiehet die Ladung schriftlich, so wird nun insonderheit III. erfordert, daß sie auf die gehörige Art ausgefertiget werde. Diese Ausfertigung muß aber auf eine solche Art geschehen [15], daß daraus erhelle, 1) wer lade. Hier erinnere man sich an dasjenige, was von dem Namen des Richters bereits (§. 226.) gesagt worden ist. 2) Wer geladen werde; es muß daher der Name und Stand des Vorgeladenen deutlich ausgedrückt seyn, so daß derselbe sogleich erkennen kann, daß die Ladung ihn und keinen andern angehe. Ein Irrthum im Namen kann sonst die ganze Ladung unwirksam machen [16]. Sind mehrere Streitgenossen vorzuladen, so machen diese entweder

14) MEVIUS in Decision. T. I. P. III. Decis. 341. not. 7. GAILL Lib. I. Obs. 53. nr. 19.

15) Nettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 564.

16) GAILL lib. I. Obs. 49. nr. 1. sqq. MEVIUS Part. I. Decis. 256.

weder zusammen eine moralische Person aus, oder nicht. Im ersten Falle braucht nur der allgemeine Name der Gemeinheit oder des Collegiums, welches vorgeladen wird, oder der Repräsentanten und Vorsteher desselben ausgedrückt zu werden [17]), im letztern Falle hingegen müssen alle benannt werden, ein allgemeiner Name, z. B. die Erben des verstorbenen Titius, ist hier nicht hinreichend, sondern die nicht besonders genannten verbindet die Ladung nicht [18]). Denn erlauben gleich die Gesetze den Streitgenossen, für einander zu erscheinen [19]), so sind sie doch dazu nicht verbunden. 3) Auf wessen Gesuch die Ladung erkannt worden ist [20]). Sie muß daher auch den Namen, Stand und Aufenthaltsort des Klägers, oder wer sonst die Ladung ausgewirkt hat, enthalten, damit der Vorgeladene seinen Gegner kennen lerne, und wegen seines Benehmens gegen denselben einen bestimmten Schluß fassen könne. Auch hier ist aller Irrthum sorgfältig zu vermeiden. Haben mehrere die Ladung extrahirt, so sind alle zu benennen, in sofern sie nicht etwa eine moralische Person ausmachen. 4) Die Ursache, warum und wozu er geladen wird [21]). Dieses bringt der Zweck der Ladung mit sich (§. 227.), und ist daher in bürgerlichen Streitsachen allemal erforderlich, weil sonst die Ladung nicht verbin-

17) GAILL lib. I. Obs. 49. nr. 6.

18) MEVIUS Part. IV. Decis. 337.

19) *L. 2. Cod. de consortib. eiusd. litis.*

20) GAILL lib. I. Obs. 50.

21) GAILL lib. I. Obs. 51.

bindet [22]). Zu diesem Endzweck ist daher die Klage oder das Anbringen desjenigen, auf dessen Gesuch die Ladung erlassen worden ist, derselben copeylich beyzuschließen [23]). 5) **Der Ort, wo der Geladene erscheinen soll** [24]). Bey dem ordentlichen Richter ist dieses jedoch nur alsdann nöthig, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle vorgenommen werden soll. Denn ausserdem ist der allgemeine Ausdruck: **vor Uns zu erscheinen**, hinreichend [25]). Allein bey commissarischen Richtern ist die Bestimmung des Orts um so nöthiger, da diese ihre Sessionen an einem selbst beliebigen Orte halten können [26]), und also dem Vorgeladenen frey stehen muß, gegen den angezeigten Ort, wenn derselbe nicht sicher oder nicht anständig ist, Einwendungen vorzubringen [27]). Ist der Ort ungewiß, so ist die Ladung unverbindlich [28]). 6) **Die Zeit, da der Geladene erscheinen soll** [29]). Diese kann entweder ein

22) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. Decis. 21. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 8. Jedoch ist SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 15. anderer Meinung.

23) **Jüngst. Reichsabsch.** §. 34.

24) GAILL lib. I. Obs. 52.

25) *L. 59. D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 38.

26) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 298.

27) ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. V. wo er *de exceptione loci non tuti* ausführlich handelt.

28) *L. 5. Cod. quomodo et quando iudex.* WERNHER T. II. P. VI. Obs. 298. nr. 2. MÜLLER ad *Struvium* h. t. Exerc. V. Th. XI. not. ζ.

29) GAILL lib. I. Obs. 53.

ein bestimmter Tag (*dies fixus*) seyn, an welchem und sonst an keinem andern der Vorgeladene vor Gericht erscheinen soll; oder eine Frist (*dies intra quem*), binnen welcher er sich stellen, und die ihm auferlegte Rechtshandlung vornehmen soll. Ist gar kein Termin bestimmt, so ist die Ladung nichtig [30]). Bey Anberaumung des Termins ist zu bemerken, a) daß er nicht zu kurz, sondern jederzeit so weit hinaus gesetzt sey, daß der Geladene sich gehörig vorbereiten könne. Die Gesetze der Pandecten bestimmen dieserhalb eine Zeit von zehn Tagen [31]), allein Justinian will, daß dem Beklagten ein Termin von zwanzig Tagen gesetzt werde, um reiflich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten oder nachgeben wolle [32]). Es wird indessen heutiges Tages keine Rücksicht darauf genommen, sondern der Termin willkührlich nach Beschaffenheit der Umstände bestimmt [33]). Sollten jedoch besondere teutsche Gesetze, wie z. B. in Sachsen, hierüber etwas ganz genau festsetzen, so kann der Richter zwar eine solche gesetzliche Frist aus hinreichenden Ursachen verlängern, aber, ohne Nichtigkeit zu begehen, um keinen Tag abkürzen [34]). b) Der Termin muß auf einen Gerichtstag, und nicht in Ferien

 fallen.

30) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. not. η.

31) *L. 69. D. de iudiciis.*

32) *Nov. LIII. Cap. 3. §. 1.*

33) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. VI. nr. 6. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 10. §. 9.

34) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 39. MÜLLER ad *Struvium* h. t. Exerc. V. Th. XI. not. η. Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 88. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 111.

fallen [35]). Ist ein bestimmter Tag festgesetzt, so ist, wenn dieser gerade ein Feyertag seyn sollte, die Ladung ungültig [36]), und es muß, so fern nicht in der Citation ausdrücklich stünde, daß im Fall etwa der angesetzte Termin auf einen Feyertag fallen würde, der Geladene auf den nächstfolgenden Gerichtstag erscheinen solle, eine neue Ladung erlassen werden [37]). Wäre hingegen nur überhaupt eine Frist bestimmt, binnen welcher der Vorgeladene sich stellen soll, und diese sich mit einem Feyertage endigte, so ist deshalb die Citation nicht ungültig, sondern es wird nur der Feyertag nicht mitgezählt, und die Frist noch einen Tag weiter hinausgeschoben [38]).

§. 229.

35) *L. 1. D. L. 2. Cod. de feriis.*

36) *L. 2. in fin. Dig. si quis in ius voc. non erit.* GAILL lib. I. Obs. 53. nr. 1. 14. et 15. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VII. nr. 9. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39. MEVIUS P. II. Decis. 276. not. 2. WERNHER in Observat. forens. Tom. II. P. VII. Obs. 205. Anderer Meinung ist BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 5. und STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 10. will behaupten, *moribus nostris esse receptius, ut, si terminus forte in diem feriatum incidat, non ea propter vitietur citatio, sed comparendum die sequenti.* Allein eine allgemeine Gerichtspraxis ist nicht zu erweisen, daher die erstere Meinung unstreitig richtiger ist. Uebrigens wird dieser Satz sowohl bey den Juden *L. 13. C. de Iudaeis*, als bey den verschieden christlichen Religionspartheyen beobachtet. BIENERI Systema processus iudic. Tom. I. §. 59. not. 6.

37) *L. 1. L. 9. D. de fer. Cap. 6. X. de dolo et contumac.* WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 235. nr. 3. et 4. Danz in den angef. Grundsätzen §. 111.

38) S. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 9. §. 18.

§. 229.

IV. Sie muß gehörig insinuirt werden, direct oder subsidiarisch, mittelbar oder unmittelbar, jedoch a) immer auf Befehl des competenten Richters.

Ist die Citation auf solche Art gehörig ausgefertigt worden, so wird nun weiter, wenn sie von Wirkung seyn soll, VI. erfordert, daß sie demjenigen, welchem dadurch etwas auferlegt wird, gehörig eingehändiget werde. Diese Insinuation muß a) auf Befehl des competenten Richters vollzogen werden. Nun kann es einmal seyn, daß der Vorzuladende der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem er erscheinen soll, in der gegenwärtigen Sache gar nicht unterworfen ist. Man stelle sich zum Beyspiel vor, daß ein fremder Gerichtsunterthan in einer gewissen Streitsache als Zeuge aufgeführt worden sey. In diesem Falle muß der Richter, vor welchem der Proceß schwebt, ein Requisitionsschreiben an des Vorzuladenden ordentliche Gerichtsobrigkeit erlassen, und selbige darin unter dem Versprechen bereitwilliger Erwiederung in ähnlichen Fällen ersuchen, die erforderliche Ladung gehörig zu erkennen und zu verfügen. Es kann aber auch zweytens seyn, daß der Vorzuladende in der Sache, von welcher die Rede ist, zwar der Gerichtsbarkeit, aber nicht dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworfen ist. Dies ist der Fall, wenn Jemand vor dem Richter der gelegenen Sache belangt wird, der nicht in dem Gerichtsbezirk dieses Richters, sondern an einem andern Orte wohnt, oder einen befreyeten Gerichtsstand hat. Hier erkennt und fertiget zwar der Richter, vor welchem der Vorzuladende erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbar-

keit, die Ladung selbst aus; allein sie muß dem Richter, dessen Gerichtszwange der Vorzuladende unterworfen ist, unversiegelt mit der Bitte zugesendet werden, selbige der Behörde zustellen zu lassen, und darüber Bescheinigung einzusenden. Ist hingegen der Vorzuladende in der Sache, worüber der Streit ist, nicht allein der Gerichtsbarkeit, sondern auch dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworfen, so kann der Richter die von ihm erkannte und entworfene Ladung selbst unmittelbar einhändigen lassen. Nach dieser verschiedenen Art, wie die Insinuation der ordentlichen Ladung geschiehet, wird die Citation in die directe und subsidiarische eingetheilt, und erstere diejenige genennt, welche von dem Richter, vor welchem Jemand erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit, selbst erkannt und ausgefertiget wird; letztere aber diejenige, welche nicht der Richter, vor dem man sich stellen soll, sondern auf desselben Ansuchen ein anderer Richter, unter welchem nämlich der Vorzuladende stehet, erkennt, ausfertiget und einhändigen läßt [39]). Die directe Ladung ist wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare, oder mittelbare. Erstere wird diejenige genennt, welche der Richter, vor dem Jemand erscheinen soll, selbst unmittelbar einhändigen läßt; letztere aber diejenige, welche dem Vorzuladenden auf Ansuchen des Richters, der die Citation erkannt hat, durch denjenigen Richter insinuirt wird, dessen Gerichtszwange derselbe unterworfen ist [40]). Eine

39) *Pet.* MÜLLER Diss. de citatione subsidiali. *Ienae* 1693. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. IV. P. I. Sect. III. Tit. I. §. 731.

40) BOEHMER am angef. Ort §. 735.

Eine unmittelbare Citation können die höchsten Landesjustiz-Collegia, welche im Namen des Landesherrn sprechen, in solchen Sachen erkennen, welche vor ihnen in erster, oder auch zweyter Instanz zu verhandeln sind, wenn auch die dabey interessirten Personen bey einem Untergericht ihres Departements ihr gewöhnliches forum haben[41]. So z. B. verfügen die Landesconsistorien in Ehe- und andern vor sie gehörigen Sachen durch den ganzen ihnen angewiesenen Gerichtssprengel unmittelbare Ladungen[42]. Auch kann

2) derjenige Richter, welcher die hohe oder Criminalgerichtsbarkeit hat, in peinlichen Sachen unmittelbar citiren[43]. Desgleichen

3) landesherrliche Commissarien innerhalb dem Territorium des committirenden Oberherrn[44].

41) CARPZOV in Responſ. iuris Lib. III. Tit. II. Reſp. 23. HOMMEL in Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. III. Obſ. 435. *Mich. God.* WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 13.

42) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 182. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 105. Es bemerkt jedoch unser Verfasser in der Note f. daß die chursächsischen und herzogl. Altenburgischen Consistorien bloß mittelst Requisition des ordentlichen Richters vorladen können.

43) CARPZOV in pract. rer. criminal. P. III. Quaeſt. 109. nr. 80. ſqq. HOMMEL in Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. III. Obſ. 435. nr. 1.

44) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12. WERNHER T. I. P. I. Obſ. 233. besonders aber *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de citatione principis commiſſarii immediata. *Vitemb.* 1726.

§. 230.

b) Die Ladung muß demjenigen insinuirt werden, an welchen sie gerichtet ist.

Die Citation muß ferner b) demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, und zwar, wenn sie mehrere einzelne Streitgenossen angehet, einem jedem besonders eingehändiget werden [45]). Ist sie nur einem oder dem andern eingehändiget worden, so ist sie in Ansehung der übrigen ohne Wirkung [46]), wenn sie auch gleich in einem Hause wohnen sollten [47]). Haben sie jedoch einen gemeinschaftlichen Anwalt, so kann diesem die Ladung allein zugestellet werden [48]). Wenn eine Citation an mehrere Erben zu erlassen, welche die Erbschaft noch ungetheilt besitzen, so kann zwar die Ladung im Sterbehause bekannt gemacht werden, es können jedoch diejenigen nicht als ungehorsame angesehen werden, die erweislich keine Nachricht davon erhalten haben [49]). Ergehet die Citation an Gemeinheiten oder Collegia, so ist dieselbe den Vorstehern oder Repräsentanten derselben, folglich bey Stiftern dem Dechanten oder Syndicus, bey einem Stadtmagistrat dem Stadtpräsidenten oder Syndicus, bey ganzen Bürgerschaften den Bürger- oder Gemeinheitsmeistern, bey Innungen und Zünften

45) MEVIUS T. I. P. IV. Decis. 337. T. II. P. VIII. Decis. 407.

46) LEYSER in meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXII. med. 1. WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 302.

47) BERGER in Elect. Disceptat. for. p. 73. WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 8.

48) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 231. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 266.

49) HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 517.

ten den Obermeistern, und bey ganzen Dorfschaften dem Richter und Schulzen zu insinuiren. Jedoch können den Gemeinden die Ladungen auch in ihren Versammlungen bekannt gemacht werden [50]).

§. 231.

c) entweder *in faciem* oder *ad domum*.

Die Citation muß c) dem Vorzuladenden der Regel nach in faciem oder ad manus, wie man sich auszudrücken pflegt, das ist, ihm selbst in Person und zwar in seiner Wohnung zugestellet werden. Nur dann, wenn er daselbst nicht anzutreffen ist, kann die Einhändigung auch seinen Angehörigen, nämlich seiner Ehefrau, erwachsenen Kindern, oder dem in seinem Brod und Lohn stehenden Gesinde geschehen [51]). Sollte jedoch auch von diesen Personen Niemand vorhanden seyn, dem die Citation zugestellet werden könnte, oder will keiner von denselben solche annehmen, so kann die Ladung entweder in der Wohnung desjenigen, welcher citirt wird, niedergelegt, oder, wenn auch diese verschlossen seyn sollte, und der Vorzuladende nach mehrmaligen vergeblichen Versuchen nicht anzutreffen gewesen, ad domum, d. i. an die Haus- oder Stubenthüre, oder Fensterladen, in Gegenwart einiger Nachbarn, angeschlagen werden [52]). Miethsleute sind

50) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 17. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 124. Nettelbladt Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. S. 286.

51) Claproth am angef. Orte.

52) *L. 4. §. 5. et 6. D. de damno infecto.* WERNHER Tom. II. P. VI. Obs. 285. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 272.

die an ihren Hauswirth gerichteten Citationen anzunehmen nicht verbunden, eben so wenig kann aber auch dem Hauswirth eine seinen Miethsmann angehende Ladung gültig eingehändiget werden [53]). In allen den Fällen aber, da die Citation dem Vorgeladenen nicht in faciem ist eingehändiget worden, ist dieselbe ohne Wirkung, wenn der Geladene beweiset, oder eidlich erhärtet, daß er von derselben keine Nachricht erhalten habe [54]).

§. 232.

Die Insinuation muß d) am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit geschehen.

Die Einhändigung der Ladung muß endlich d) auch **am gehörigen Orte und zu gehöriger Zeit** geschehen. Wer also ausser seinem Hause in öffentlichen Amtsgeschäften begriffen, oder sonst mit einer feyerlichen Handlung

§. 272. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. Ist die Citation ad domum geschehen, da sie dem Vorzuladenden selbst in Person ohne alle Schwierigkeit hätte eingehändiget werden können, so ist sie ungültig. MEVIUS T. II. P. VII. decis. 275. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. medit. 4.

53) LEYSER Specim. XXXI. medit. 6. in fine. WERNHER in select. observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 435. BROCKES in select. Observat. for. Obs. 214. Nach Preußischem Rechte kann jedoch die Citation dem Hauswirth des Vorzuladenden sicher anvertraut werden. S. Preußische Gerichtsordnung 1. Th. 7. Tit. §. 21.

54) MEVIUS P. III. Decis. 81. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Cap. II. §. 10. WERNHER in select. Observat. for. Tom. III. Part. I. Obs. 25.

lung beschäftiget ist, kann sich die ihm bey solcher Gelegenheit zugestellte Ladung verbitten [55]). Noch weniger aber darf die Insinuation ausser dem Gerichtsdistrict des ladenden Richters geschehen [56]). Sie ist ungültig, wenn sie gleich durch einen öffentlichen Notar wäre vollzogen worden [57]). Einem Fürsten oder anderem Reichsstande muß die Ladung an dem Orte seines gewöhnlichen Hoflagers entweder in Person, oder durch einen seiner ersten Diener, nicht durch andere zum fürstlichen Hause gehörige Personen, eingehändiget werden [58]). Die Zustellung kann übrigens zwar an weltlichen Feyertägen gültig geschehen [59]). Aber an Sonn- und andern Gott geheiligten Festtagen erlauben die Gesetze solche nicht, wenn nicht etwa ein ausserordentlicher Nothfall dieselbe rechtfertiget [60]). Zwar wollen Männer vom Ansehen [61]) behaupten, daß durch den Gerichtsgebrauch

55) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. med. 3.

56) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 41.

57) LEYSER Specim. XXXII. med. 2.

58) Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 124. S. 87.

59) Claproth am angef. Ort §. 125. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 114. S. 232.

60) *L. 11. Cod. de feriis.* — Nulla quemquam urgeat admonitio, — taceat apparitio — praeconis horrida vox silescat. *Cap. 1. et 5. X. de feriis.* Hiermit stimmt auch die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 7. Tit. §. 23. überein, wo es heißt: „Die Insinuationen müssen der Regel nach an Werk- und nicht an Sonn- und Festtagen geschehen."

61) GAILL lib. I. Obs. 53. nr. 7. LEYSER in meditat. ad Pandect. Specim. XXXI. Corol. 3. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 234. I. H.

gebrauch das Gegentheil eingeführt sey, weil die Insinuation einer Ladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen gehöre, und öffentliche Ladungen sogar in der Kirche selbst, von der Kanzel, bekannt gemacht werden könnten. Dieser Meinung ist auch unser Autor. Allein da doch die Zustellung einer Privatcitation auf Befehl des Richters geschiehet (§. 229.); überdem an Sonn- und Festtagen alle weltliche Geschäfte, welche die Andacht stören, und Aufschub leiden, verboten sind[62]); ferner viel practische Rechtsgelehrten jener Meinung geradezu widersprechen[63]), mithin ein allgemeiner Gerichtsgebrauch unerweislich ist, vielmehr der Ausspruch eines Proculus[64]) hier vollkommene Anwendung findet: *Non spectandum est, quid Romae factum sit, quam quid* FIERI DEBEAT; der Schluß von öffentlichen und Edictalcitationen aber auf Privatladungen nicht gilt, da die Bekanntmachung der erstern von der Kanzel etwas besonders ist, welches die ganz eigene Beschaffenheit solcher öffentlicher Ladungen in gewissen Fällen nothwendig macht;

I. H. BOEHMER in Iure ecclef. Proteft. Tom. I. Lib. II. Tit. IX. §. 17.

62) *Cap. 1. X. de feriis. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 281.

63) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. ult. Cod. de feriis. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VI. nr. 11. LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 41. und in Diff. de feriis §. 18. STRYK in Uf. mod. Pandect. h. t. §. 10. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 19. COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Claproth a. a. O. §. 125. Danz Grundsätze §. 114. BIENER in Syftem. proc. iudic. T. I. §. 63. u. a. m.

64) *L. 12. D. de offic. Praef.*

macht; so trage ich kein Bedenken, der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [65]) beyzutreten, welche bey der deutlichen Vorschrift der Gesetze bleiben, und die an einem Sonn- oder andern Gott geheiligten Festtage ohne Noth geschehene Insinuation einer Privatladung für ungültig halten.

§. 233.

Durch wen? und auf wessen Kosten ist die Zustellung der Ladung zu verrichten?

Da von der richtigen Einhändigung der Ladung die ganze Wirkung derselben abhängt, so muß dieselbe durch eine glaubwürdige sichere Person verrichtet werden. Gewöhnlich werden die Ladungen durch einen darauf beeidigten Gerichtsdiener oder Amtsboten insinuirt [66]). Jedoch kann die Besorgung auch einem Notarius oder einem Unterrichter aufgetragen werden. Bey den Consistorien werden die Zufertigungen der Ladungen in Kirchensachen häufig durch die Superintendenten besorgt [67]). Es kann auch derjenige, welcher die Citation ausgewirkt hat, die Besorgung der Zustellung derselben selbst übernehmen. Ueberall aber muß für

65) *I. L. E.* PÜTTMANN in Probabil. iuris civ. libro secundo. (*Lipsiae* 1773. 8.) Cap. XI. pag. 82. sq. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentationib. in Pandect. h. t. §. 16. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* meditation. ad Digesta Tom. I. Fasc. II. Obs. 132. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. h. Tom. I. pag. 197.

66) BERGER in Elect. Discept. for. Tit. IV. Obs. 4. nr. 1.

67) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 123.

für den Beweis der geschehenen Einhändigung gesorgt werden [68]). Ist daher die Ladung durch den Gerichtsdiener insinuirt worden, so muß derselbe entweder ein schriftliches Zeugniß darüber eigenhändig ausstellen [69]), welches sodann in Ansehung der geschehenen Insinuation so lange völligen Glauben verdient, bis das Gegentheil erwiesen worden [70]); oder er kann es auch mündlich zu Protocoll geben, wie die Zustellung geschehen sey [71]). Wenn hingegen die Insinuation durch einen Notarius bewirkt worden

68) *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. sq.

69) Wie ein solches Zeugniß abzufassen, zeigt Claproth a. a. O. §. 125. Vorzüglich ist jedoch zu vergleichen MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iur. civ. Exerc. V. Th. XI. lit. λ.

70) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 13. Claproth a. a. O. S. 90. f. behauptet, daß ein solches Zeugniß nicht bloß in Ansehung der geschehenen Zustellung, sondern auch in Ansehung alles desjenigen, was dem Gerichtsdiener bey Gelegenheit der Zustellung Unanständiges wiederfahren, völligen Glauben habe. Allein da der Gerichtsdiener hier in seiner eigenen Sache ein Zeugniß ablegt, so kann eigentlich die Aussage desselben in Ansehung der ihm wiederfahrnen Injurie nicht mehr gelten, als das Zeugniß einer andern Privatperson. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. Es kommt indessen viel auf die Beschaffenheit der Umstände an, hieraus muß der Richter ermessen, wie viel er der Aussage des Gerichtsdieners glauben dürfe. Der Richter darf wenigstens ohne vorhergegangene Untersuchung der Sache nicht gleich zu Strafmitteln schreiten. Man sehe besonders *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. V. Th. XI. lit. μ.

71) Claproth a. a. O. S. 90. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 18. Danz Grundſ. §. 115.

den ist, so muß ein förmliches Instrument darüber aufgesetzet werden [72]). Haben Obergerichte die Zustellung der Citation durch einen Unterrichter, oder Consistorien dieselbe durch den Superintendenten befördern lassen, so muß die geschehene Einhändigung durch Bericht angezeigt werden [73]). Ist hingegen die Insinuation durch eine Privatperson geschehen, so wird dieselbe entweder durch ein von dem Geladenen ausgestelltes Recepisse, oder in desselben Ermangelung durch den Eid desjenigen, der die Ladung zugestellet hat, erwiesen [74]). Die Kosten für die Ausfertigung und Insinuation der Ladung muß vor der Hand derjenige tragen, der die Citation ausgewirkt hat, und demnächst die Erstattung derselben von dem sachfälligen Gegner erwarten.

§. 234.

Notification der geschehenen Ladung.

Der Extrahent, auf dessen Veranlassung die Citation geschehen ist, bekommt übrigens hiervon Nachricht, indem ihm eine Copie der schriftlichen Ladung nebst der Nachricht von der geschehenen Insinuation derselben zugefertigt wird. Eine solche Notification wird in einigen Gerichten ein Gedenkzettel genennt [75]). Die Unterlassung derselben ziehet jedoch keine Nichtigkeit nach sich, wenn der Extrahent

72) MOLLENBECK in Thesauro iuris civ. h. t. nr. 33. BERGER cit. loc. Not. 14.

73) Claproth a. a. O. §. 123. S. 85.

74) BERGER cit. loc. Not. 14. WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104.

75) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 3.

heit auf andere Art von dem anberaumten Termin Nachricht erhalten hat.

§. 235.

Wirkungen der Citation; daher entstehende Eintheilung in die arctatorische und monitorische, dilatorische und peremtorische Ladung.

Eine gehörig erkannte und eingehändigte Citation verbindet nun den Geladenen zu der Befolgung des richterlichen Befehls, dessen Vernachlässigung für den Ungehorsamen mancherley nachtheilige Folgen hat. Um diese richtig bestimmen zu können, kommt es zunächst auf den Zweck der ergangenen Citation an. Dieser kann von zweyerley Art seyn. Entweder es wird der Parthey nur bekannt gemacht, daß dies oder jenes ihre Rechtsangelegenheiten betreffende Geschäft in einem dazu angesetzten Termin in dem Gericht vorgehen werde, damit sie, wenn sie wolle, demselben beywohnen, und dasjenige, was ihr etwaniges Interesse erfordert, dabey wahrnehmen und beobachten könne; oder die Aufforderung geschieht in der Absicht, damit die Parthey eine zur Ausführung des Rechtsstreits wesentliche Haupthandlung, welche mithin das Erscheinen derselben nothwendig erfordert, zu einer bestimmten Zeit vor Gericht vornehme, wofern sie sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will. Im ersten Falle wird die Ladung eine monitorische, in dem andern aber eine arctatorische genennt.

Die Wirkung einer monitorischen Ladung besteht darin, daß wenn der Vorbeschiedene die Ladung nicht benutzt, die Handlung dennoch in dem desfalls anberaumten Termine vorgenommen wird, als ob er gegenwärtig wäre.

Denn

Denn man erklärt das Ausbleiben des Geladenen so, als ob er gegen das, was vorgehen soll, nichts zu erinnern habe [76]), und zwar wird im Falle einer monitorischen Citation ein Verzicht auf das Recht in Rücksicht der unterlassenen Handlung sogleich mit aller Wirksamkeit angenommen, ohne daß es von Seiten der Gegenparthey einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf [77]). Man setze z. B. daß Jemand vorgeladen worden sey, um zu sehen und zu hören, wie die von seinem Gegner angegebene Zeugen in dem anberaumten Termine vorgestellet und beeidet werden sollen. Erscheint der Geladene nicht, so gehet die Vereidigung und Vernehmung der Zeugen dennoch vor sich, er verliert aber seine Einrede gegen die Person der Zeugen und gegen die Zuläßigkeit der übergebenen Beweisartikel.

Die Wirkung der arctatorischen Citation hingegen besteht darin, daß der Geladene erscheinen muß, und, wenn er solches nicht thut, in die Strafe des Ungehorsams verfällt [78]). Diese letztere ist nun wieder in Ansehung der dem Vorgeladenen im Aussenbleibungsfalle treffenden Strafe von zweyerley Art. Es besteht nämlich die Strafe des Ungehorsams entweder blos in der Erstattung der Kosten des versäumten Termins, oder sie hat zugleich ein Präjudiz in Absicht auf den Ausgang des Rechtsstreits zur Folge, z. B. daß die Klage für eingestanden, oder für abgeläug-

76) *Cap. 2. X. de testibus.*

77) Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Th. Nr. XXI. §. 19. und 2. Th. Nr. XXXI. §. 6.

78) *L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocat. Cap. 7. X. de appellat. Cap. 4. 5. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

läugnet angenommen, oder ein Document für anerkannt, oder der zugeschobene Eid für verweigert gehalten, oder der Beweis für desert erklärt wird, u. d. m. Im erstern Falle wird sie eine dilatorische, im andern aber eine peremtorische Citation genennt. Hieraus läßt sich die Frage entscheiden, zu welcher Gattung die Edictalladungen gehören? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen behaupten, daß alle Edictalladungen, auch die bey Concursen, ihrer Natur nach blos monitorische wären [79]). Allein daß dergleichen Citationen monitorische seyn können, ist zwar nicht zu läugnen. Die Beyspiele von der Edictalladung unbekannter Erben, oder unbekannter Gläubiger bey Antretung einer Erbschaft, die übrigens zur Bezahlung der Schulden hinreicht, u. d. welche oben (§. 223. S. 356.) angeführt worden sind, beweisen dieses hinlänglich. Wer wollte aber deswegen wohl läugnen, daß Edictalladungen nicht auch arctatorische, ja peremtorische seyn könnten, in sofern sie, im Falle des Nichterscheinens, ein besonders Präjudiz zur Folge haben, welches der Richter anzudrohen Macht hatte [80])? Dies ist z. B. der Fall mit der Edictalladung im Desertionsproceß, welche wider den abwesenden Ehemann unter der Verwarnung, daß er bey abermaligem Aussenbleiben für einen böslichen Verlasser seines Eheweibes erklärt werden solle,

79) HILLIGER in Donello enucleato Lib. XXIII. Cap. II. Not. F. BRUNNEMANN in processu concurs. creditorum Cap. II. §. 1. pag. 27. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger 2. Abschn. 1. Abth. §. 13.

80) Mit mir stimmen hierin überein GAILL lib. I. Obs. 57. nr. 11. et 12. auch selbst BRUNNEMANN in Tract. de processu civili Cap. III. nr. 7. Ferner KLÜGEL in Progr. de iudice edictaliter citante pag. 6.

solle, erlassen wird [81]). Aber auch selbst die Edictalladung beym Concurs der Gläubiger ist peremtorisch [82]). Denn sie verbindet ja die vorgeladenen Gläubiger bey Strafe der Präclusion in dem anberaumten Liquidationstermine zu erscheinen, und führt gleich diese Strafe nicht den Verlust der Forderung selbst mit sich, so wirkt sie doch wenigstens die Ausschließung von der Theilnahme an der gegenwärtigen Concursmasse [83]).

Uebrigens ist nach gemeinen Rechten der Regel nach erst die dritte Ladung peremtorisch [84]). Die erste und andere

81) Hommels teutscher Flavius Art. Desertionsproceß S. 201. nr. IV.

82) S. *Ge. Henr.* AYRER in Specim. iurisprud. iudic. theor. pract. de poena praeclusionis in concursu creditorum. Sect. II. membr. I. §. 4. et membr. II. per tot.

83) S. von Trützschler a. a. O. §. 11. u. 23. Danz a. a. O. §. 147. welchen noch beyzufügen ist Hrn. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 3. Abth. §. 93.

84) *L. 35. §. 1. D. de re iudicata.* Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo *peremtorium* appellatur, literisve vocatus praesentiam sui facere contemnit. Add. *L. 8. et 9. Cod. quomodo et quando iudex sentent. proferre deb.* Diesem ist *L. 70. D. de iudic.* nicht entgegen, wenn es daselbst heißt: Et tertium. Quibus propositis tunc *peremtorium* impetret, quod inde hoc nomen sumsit, *quod perimeret disceptationem*, hoc est, ultra non pateretur, adversarium tergiversari; denn die Zahl der Ladungen hieng eigentlich von dem Ermessen der Obrigkeit ab; diese konnte bestimmen, ob sie der ersten, andern oder dritten die peremtorische Kraft beylegen wollte; wie aus der *L. 72. D. de iudiciis*, deutlich erhellet, welche

dere Citation pflegt also gewöhnlich nur eine dilatorische zu seyn. Daher das bekannte Sprüchwort der alten Teutschen: zweymal darf man wohl ausbleiben, welches jedoch, wie es Eisenhart [85]) ganz richtig erklärt, nur so viel sagen will, daß erst nach geschehenem dreymaligen Aussenbleiben und begangenen Ungehorsam Jemand sachfällig werde [86]). Zuweilen kann der Richter nach Be-

welche mit der *L. 70.* ursprünglich zusammengehangen hat, denn beyde sind aus ULPIANI *lib. VIII. Disputationum* genommen. Nun war keine Ladung peremtorisch, welcher nicht der Magistrat die Clausel beygefügt hatte, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronunciaturum, wie *L. 70. D. eodem* sagt. Hatte also auch die Obrigkeit drey Ladungen erlassen, allein keine war peremtorisch, so mußte freylich alsdann erst noch eine peremtorische von dem Gegner des Ungehorsamen ausgewirkt werden. Da indessen der dritten Citation insgemein die peremtorische Clausel beygefügt wurde, so ist daher zu erklären, warum die Gesetze häufig nur dreyer Edictalladungen Erwähnung thun. Und in dieser Hinsicht rescribiren daher die Kr. Diocletian und Maximian in *L. 9. Cod. quomodo et quando iudex:* Tres denunciationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere. Auf solche Art ist also Gerard Noodts Emendation unnöthig, welcher lib. I. Observat. cap. 8. in der *L. 70.* folgendermaßen lesen will: *Quibus propositis, et tertium tunc peremtorium impetret.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani iuris epitomar. libros sex commentar. Tom. I. lib. I. pag. 333.

85) in den Grundsätzen der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 6te Abtheil. Nr. XIII. S. 525. ff. (nach der neuesten Ausgabe Leipzig 1792.)

86) Sächs. Landrecht I. B. Art. 67. und III. B. Art. 5. Siehe auch HEINECCII Elementa iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122.

Beschaffenheit der Umstände auch schon die erste Citation als eine peremtorische erlassen[87]), welche alsdann einen dreyfachen Termin enthalten muß[88]). Im Zweifel ist indessen eine Citation eher für eine dilatorische als für eine peremtorische zu halten[89]). Es wäre denn, daß durch die besondere Proceßordnung eines Landes alle gerichtlich anberaumten Termine überhaupt zur Verhütung processualischer Weitläuftigkeiten für peremtorisch wären erklärt worden[90]).

§. 236. a.

Fernere Wirkungen einer gesetzmäßig erlassenen Citation.
1) Interruption der Verjährung.

Ausserdem hat nun eine gehörig eingehändigte Citation noch andere Wirkungen. Denn

1) wird durch sie die Verjährung unterbrochen. Die alte römische in ius vocatio privata hatte zwar diese Wirkung nicht[91]). Denn der Kläger brauchte

 dem

87) *L. 72. D. de iudic. L. 53. §. 1. D. de re iudic. L. 8. Cod. quomod. et quando iudex.* Jüngst. R. Absch. §. 36. MEVIUS P. I. Decis. 258. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXI. §. 7. S. 162.

88) Nach dem neuesten Röm. Rechte wird eine dreymonatliche Frist zu einer peremtorischen Citation erfordert. *Nov. CXII. Cap. 3.* Allein heutiges Tages hängt die Bestimmung der Termine von dem Ermessen des Richters ab, wo die besondern teutschen Gesetze nichts gewisses festgesetzt haben.

89) LUDOVICI in Us. pract. distinction. iuridicar. h. t. Distinct. 5.

90) PUFENDORF Introduct. in process. civ. P. II. Cap. IV. §. 2.

91) *L. 4. D. ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat.* VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Lib. XLI. Tit. III. §. 20.

dem Beklagten nicht gleich zu sagen, warum er ihn vor Gericht fordere, sondern die editio actionis pflegte erst vor dem Prätor, in iure zu geschehen[92]). Fragte etwa der Beklagte vorher nach der Ursache der Vocation, so konnte ihn der Kläger, wie Saturio beym Plautus[93]) mit der Antwort abfertigen: *Illic apud Praetorem dicam; sed ego in ius voco.* Der Beklagte erhielt also durch die alte in ius vocatio an sich nie Wissenschaft von dem eigentlichen Anspruche oder Rechte, welches der Kläger zu verfolgen Willens war. Diese wurde ihm erst durch die Edition der Klage mitgetheilt[94]). Nun aber wird zur Unterbrechung der Verjährung eine deutliche und hinreichende Willenserklärung, sein Recht zu erhalten, erfordert. Hierzu kam noch insonderheit, daß die alte Usucapion, welche aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herrührte, vor Justinian anders nicht unterbrochen werden konnte, als durch Vertreibung des Besitzers, oder durch den Ausspruch des Richters, wodurch der Beklagte zur Restitution der Sache verurtheilt wurde[95]). Daher war nicht einmal die Litiscon-

92) Dieses hat wenigstens *van* NEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant Cap. III. §. 39. aus vielen Zeugnissen der Alten dargethan. Daher läßt sich auch vielleicht erklären, warum der Titel de edendo in den Pandecten erst auf den Titel de in ius vocando folgt. Siehe auch meine Opuscula Fascic. II. pag. 317. sq.

93) in *Persa Act. IV. Scen. IX. v. 9.*

94) Daher sagt *L. 15. D. rat. rem hab.* Qui in ius vocat, non petit, sed petere vult.

95) *L. 5. D. de usurpat. et usucap. L. 18. L. 20. et 21. D. Rei vindicat.* Man sehe vorzüglich *Franc.* CONNANI Commentarior. iuris civ. Tom. I. Lib. III. Cap. 15.

contestation hinreichend, eine rechtmäßig angefangene Usucapion zu interrumpiren. Paulus [96]) sagt dieses ganz ausdrücklich: *Si rem alienam emero, et cum usucaperem eandem rem, dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione.* Denn einmal hörte ja der Beklagte nach der Litiscontestation nicht auf, die Sache zu besitzen, und zum andern gehörte die Usucapion zu den alten bürgerlichen Erwerbungsarten, die anders nicht als durch eine entgegengesetzte andere bürgerliche Erwerbungsart unwirksam gemacht werden konnte. Dergleichen war aber die Litiscontestation nicht, denn diese war nur ein durch die neuern Gesetze eingeführter Quasi-Contract; sondern die Addiction und Adjudication [97]). Dies scheint daher die Ursache gewesen zu seyn, warum nicht durch die Litiscontestation, sondern erst durch das Urtheil des Richters die Usucapion unterbrochen wurde [98]). Mit der prätorischen praescriptione longi temporis verhielt sich die Sache anders. Diese wurde zwar auch nicht durch die in ius vocatio allein unterbrochen, sondern es mußte die Litiscontestation erfolgt seyn, allein war zwischen der Zeit der geschehenen Edirung der Klage und der wirklich erfolgten Litiscontestation die Verjährungsfrist abgelaufen, so kam dieses dem Beklagten weiter nicht zu statten, sondern die durch die Litiscontestation geschehene Interruption der

96) *L.* 2. §. 21. *D. pro emtore.* Add. *L.* 2. *D. pro donato,* et *L.* 14. *D. famil. ercisc.*

97) ULPIAN *in Fragm. Tit. XIX.* §. 2. et 16.

98) S. *Car. God.* WINCKLER Disp. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno et utriusq. effectibus. (*Lipsiae* 1751.) Sect. II. §. 4. pag. 34. sq.

Verjährung wurde zurück gerechnet auf die Zeit der angestellten und edirten Klage. Die Kr. Diocletian und Maximian sagen dieses in mehr als einem Rescript ganz deutlich. *Morae litis*, so rescribiren sie an einen gewissen Heliodor[99]), *causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.* Eben so an einen gewissen Rhegino[100]). *Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.* Der Grund hiervon war, weil die longi temporis praescriptio kein bürgerliches Eigenthum, sondern nur eine Einrede wirkte, welche nach erfolgter Litiscontestation, als wodurch die Interruption der Verjährung wirksam wurde, nicht weiter Statt haben konnte[1]). Allein Justinian hat diesen Unterschied zwischen der alten Usucapion und der longi temporis praescriptio aufgehoben[2]). Daher nach Justinianeischem und heutigem gemeinen Rechte schon durch die gerichtliche Citation allein eine jede Verjährung unterbrochen wird[3]). Die Mei-

99) *L. 26. Cod. de Rei vindicat.*

100) *L. 10. Cod. de praescript. longi temp.* S. auch COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. XLI. Tit. III. Qu. 25. pag. 458.

1) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. VII. Tit. XXXIII. nr. 2.

2) *L. un. Cod. de usucap. transform.* VOET in Comment. ad Pandect. T. II. Lib. XLI. Tit. III. §. 19.

3) *L. 3. Cod. de ann. except. L. 3. et 4. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.* S. *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. III. cap. 15. pag. 214. *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 31. pag. 223. in fin.

BACHO-

Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten[4]), daß nur die dreyßig- und vierzigjährige Präscription allein durch Citation, die zehn- und zwanzigjährige hingegen erst durch Litiscontestation, die dreyjährige aber, als die am meisten begünstigte Art der Verjährung, anders nicht, als durch richterliches Definitiverkenntniß, civiliter unterbrochen werde, zeugt von offenbarer Vermischung des ältern und neuern Rechts, und verdient daher keinen Beyfall[5]). Allein sollte nicht etwa schon die wider den Verjährenden angestellte gerichtliche Klage allein, ohne erfolgte Ladung, die Präscription

BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXII. Th. VII. lit. K. et L. BRUNNEMANN in Proc. civ. cap. III. nr. 41. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. pag. 199. de BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. 3. Not. 3. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 43. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XLIII. Th. 28. Not. α. VOET in Comment. ad Pandect. cit. loc. §. 20. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. P. I. §. 876. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Qu. VIII. not. n. pag. 198. und besonders WINCKLER cit. Differtat. Sect. III. §. 3.

4) GAILL lib. I. Observ. 74. nr. 22. STRUV in Syntagm. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. BERLICH in Conclus. pract. P. II. Concl. IX. nr. 22. sqq.

5) Die Worte Justinians in der *L.* 2. *Cod. de ann. except.* et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit, widerlegen diese Meinung hinlänglich. Man sehe hier vorzüglich nach ZANGER in Tract. de exceptionibus P. III. Cap. X. nr. 136. sqq. *Io. Frid.* RHETIUS in Diss. de interruptione praescriptionum. *Frfti ad Viadr.* 1665. (*Vol. I. Disp. XIII.*) Cap. III. nr. 1—6. und *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucapionis ac praescriptionis, *Lipsiae* 1793. Cap. 3.

scription unterbrechen? Hommel[6]) meint, daß dieses zu Folge der L. 2. Cod. de annali except. allerdings zu behaupten sey, gesteht indessen, daß der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht übereinstimme. Und ich glaube, daß die Praxis auch den Gesetzen gemäßer sey. Denn die L. 2. Cod. redet von einem ausserordentlichen Rechtsmittel der gerichtlichen Protestation, welches blos in dem Falle, da wider den Verjährenden wegen Abwesenheit, Kindheit oder Wahnsinn, in Ermangelung eines Vormundes, die gerichtliche Klage und Vorladung nicht Statt finden könnte, die Wirkung der Interruption der Verjährung haben soll. Daß aber ausser diesem Falle die bloße Anstellung der Klage, ohne erfolgte Ladung, nicht hinreichend sey, eine rechtmäßig angefangene Verjährung zu unterbrechen, ist theils aus andern Gesetzen[7]) deutlich zu erkennen, die Justinian durch jene L 2. keinesweges aufgehoben hat[8]); theils der Natur der Sache selbst gemäß, indem die Ladung aus keiner andern Ursache erfordert wird, als daß der Beklagte von des Klägers Anspruch Nachricht erhalte, und hier-

6) in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 109. pag. 172.

7) *L. 3. et 4. Cod. de praescr. trig. vel quadr. annor.* Man sehe WERNHER in Observat. for. select. Tom. I. P. II. Obs. 472. *Iac.* RAVE in Princip. doctr. de praescriptione §. 33. lit. b. et §. 34. Besonders *Io. Lud.* SCHMIDT Commentat. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda. *Ienae* 1788. §. 5. et 6.

8) In der angef. *L. 2. Cod.* sagt Justinian ganz deutlich: *Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.*

hierdurch die angestellte Klage wirksam werde. Jedoch nehme ich folgende zwey Fälle aus. **Erstens**, wenn der Kläger zwar seiner Seits die Klage zeitig genug angestellet, auch sich alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten, der Richter aber solche dennoch nicht gehörig ausgefertiget hat [9]). Denn unter diesen Umständen kann dem Kläger, der durch zeitige Anstellung der Klage seinen Willen, sein Recht zu erhalten, hinreichend erklärt hat, keine Nachläßigkeit Schuld gegeben werden [10]). **Zweytens**, wird die Verjährung, die durch bloßen Nichtgebrauch geschiehet, ohne daß dazu auf Seiten des Präscribirenden ein Besitz oder eine bona fides erfordert wird, mit dem Augenblick, da Jemand sein Gesuch bey dem gehörigen Richter anbringt, unterbrochen [11]). Denn bey dieser Art der Verjährung kommt es blos auf das Stillschweigen desjenigen an, dem das Recht zu klagen zusteht. Dieses wird aber durch die blose Anstellung der Klage

9) E. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 219. **Höpfner** im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 398. **Thibaut** über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 17.

10) Hiermit stimmt auch das **allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten** 1. Th. 9. Tit. 9. Abschn. §. 604. überein, wo es heißt: „daß zwischen dem Zeitpunct der Anmeldung der Klage, und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besitzer nicht zu statten.“

11) STRUV in Synt. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. — *Praescriptiones aliae temporales sola libelli porrectione interrumpuntur*.

Klage unterbrochen [12]). Mit Recht entschied daher die Königl. Preußische Gesetzcommission, daß einer majorenn gewordenen Person, welche sich wider einen während ihrer Minderjährigkeit getroffenen nachtheiligen Vergleich vor Ablauf der gesetzlich verordneten vierjährigen Frist mit ihrem Restitutionsgesuche gemeldet, der Einwand der Verjährung nicht entgegen stehe, wenn auch solches so spät geschehen, daß die Citation erst nach Ablauf dieser Frist dem Gegentheile zugestellet werden können [13]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß, wenn auch gleich die Klage in der Maaße, wie sie angebracht worden, als inept, verworfen werden sollte, die vorher ergangene Citation dennoch die Wirkung der unterbrochenen Verjährung behalte [14]), wenn nur der Kläger am Ende den Proceß gewinnt [15]). Denn alles hängt von der Entscheidung der Sache ab.

§. 236.

12) *L. 7. pr. Cod. de praescr. 30. vel 40. ann.* — Si non interruptum erit silentium, i. e. etiam per solam conventionem.

13) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten 2. Band S. 262. Add. STRYK in Us. mod. Pandect. Lib. IV. Tit. I. §. 9.

14) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. III. Not. 3. *Christoph. Lud.* CRELL Observat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. (*Vitemb.* 1750) Obs. VI. pag. 31. sagt: *Inepto etiam libello actor declarat* ANIMUM PERSEQUENDI IUS SUUM IN IUDICIO, *et sufficit ad praescriptionis interruptionem* INTERPELLATIO IUDICIALIS, *qua serio testamur, nos ius nostrum dimittere omnino noluisse, quamvis igitur libellus ineptus vim libelli plenam non habeat, tamen* PRAESCRIPTIO *per illum* INTERRUMPETUR, *si adversarius citatus fuerit a magistratu.*

15) BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. §. 26. Not. 5. RAVE doctr. de praescriptione §. 34. nr. 3.

§. 236. b.

2) Der Gegenstand des Rechtsstreits wird streitig.

Man rechnet ferner zu den Wirkungen der Citation,

2) daß durch sie die Sache streitig werde, die den Gegenstand der angestellten Klage ausmacht [16]). Der Besitzer darf also die streitige Sache während des Processes nicht veräußern [17]). Geschiehet es, so ist die Alienation null und nichtig [18]). Allein nach dem ältern römischen Rechte brachte erst die Litiscontestation eine solche Wirkung hervor [19]). Denn diese war ein Quasicontract, wodurch sich die Partheyen gleichsam verbindlich machten, wegen des in Streit gezogenen Gegenstandes, das richterliche Endurtheil abzuwarten, und dasjenige zu leisten, was dasselbe mit sich bringen würde [20]). Dieser Quasicontract war der Grund, warum die streitige Sache, während des Processes, nicht veräußert werden durfte [21]). Justinian hingegen hat diese Wirkung blos auf Realklagen eingeschränkt, wodurch das Eigenthum einer Sache und zwar hauptsächlich, nicht beyläufig, in Anspruch genommen wird; und bey diesen Klagen verordnet, daß schon die

16) *Avth.* Litigiosa. *Cod. de litigiosis.* COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. XLIV. Tit. 6. Qu. 2. *Car. God.* WINCKLER Diss. de litis contestatione vet. et hodiern. Sect. III. §. 5.

17) Vid. *tot. Tit. Dig. et Cod. de litigiosis.*

18) *Christ. Albin.* ZAHN Diss. de litigiosis. *Lipsiae* 1763.

19) *L. 1. §. 1. D. de litig. L. 4. Cod. eodem. L. 13. D. fam. ercisc. L. 2. C. comm. divid.*

20) WINCKLER cit. Diss. Sect. II. §. 2.

21) IDEM cit. loc. §. 6.

die an den Beklagten gehörig erlassene Citation allein den Gegenstand derselben streitig machen solle, weil, nach Aufhebung jenes Quasicontracts der Litiscontestation, die Citation den gesetzmäßigen Anfang des Rechtsstreits ausmacht, und der Beklagte gleich mit derselben erfährt, was für eine Sache in Anspruch genommen werde [22]). Bey andern Realklagen, dadurch nicht über das Eigenthum einer Sache gestritten wird, z. B. bey der hypothecarischen Klage, tritt effectus litigiosi nicht ein. Die Erhebung derselben macht das Pfandstück nicht dergestalt zur re litigiosa, daß der Beklagte, während des Processes, das Eigenthum desselben nicht einem Andern überlassen könne, wenn nur der Gläubiger von dem Kaufgelde befriediget wird [23]). Von Seiten des Klägers findet die Litigiosität zwar überhaupt in Ansehung der angestellten Klage, aber erst nach der Einlassung Statt [24]).

§. 236.

22) *Nov. CXII. Cap. 1.* — Propterea sancimus, ut LITIGIOSA dicatur et intelligatur RES, mobilis vel immobilis, *de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur;* vel per IUDICIALEM CITATIONEM etc. nach der Hombergischen Version. Man vergleiche LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XLIV. Tit. VI. §. 6. sqq. BRUNNEMANN in processu civ. Cap. III. nr. 41. §. 4. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. Tit. §. 52. nr. 5.

23) Cit. *Nov. 112. cap. 1.* Hac vero litigiosi appellatione ut HYPOTHECAE eximantur, sancimus, ut — debitori quidem, cuicunque et quando velit, eas vendere liceat: ita tamen, ut ex earum pretio usque ad debiti quantitatem creditori satisfaciat.

24) THIBAUT System des Pandectenrechts. 3. B. §. 1123.

§. 236. c.

c) Wirkung der Prävention.

Die Ladung ziehet c) die Wirkung der Prävention nach sich [25]), welche darin bestehet, daß, wenn in einer Sache mehrere Gerichte zugleich competent sind, derjenige Richter die Untersuchung und Entscheidung der Sache nebst denen mit derselben in unzertrennlicher Verbindung stehenden Punkten allein und mit Ausschließung des Andern vor seine Gerichtsbarkeit ziehen kann, welcher die erste Citation an den Beklagten erlassen hat [26]). Der Grund hiervon beruhet in der offenbaren Billigkeit, damit nicht die nämliche Sache mit doppelten Kosten vor mehreren Gerichten zugleich verhandelt, oder gar die von dem einen Richter bereits entschiedene Sache von dem andern aufs neue in Untersuchung gezogen werde. Eben diese Wirkung findet daher Statt, wenn gleich der Beklagte der ihm behörig eingehändigten Citation keine Folge geleistet hat, sondern ungehorsam ausgeblieben ist [27]). Es wird vielmehr durch die

25) GAILL lib. I. Obs. 29. nr. 5. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. III. nr. 14. sqq. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Disp. IV. §. 5. Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 39.

26) Von der Prävention handeln vorzüglich *Pet. Franc. de* TONDUTI in Tract. de praeventione iudiciali. *Lugd. Batavor.* 1659. fol. und *Io. Steph.* PÜTTER in Diss. de praeventione atque inde nata praescriptione fori, cum praefatione *Io. Ge.* ESTORIS. *Marb.* 1744. 4. (in EIUS *Opusc.* Nr. 2.) et in Diss. de praeventione in caussis appellationis speciatim summorum Imp. tribunalium. *Goett.* 1766. (in *Opusc.* Nr. 12.)

27) RICHTER cit. Princip. §. 5.

die Prävention der zuvorkommende Richter dergestalt ausschließlich zuständig, daß kein Theil von ihm wieder abgehen kann [28]). Das Gericht begründet diese Prävention in Ansehung des Klägers, sobald es auf die Klage, welche ein gerichtliches Verfahren in der Sache veranlassen konnte, die Vorladung des Beklagten verfügte, in Ansehung des Beklagten hingegen, sobald diesem die gehörig ausgefertigte Ladung gehörig eingehändiget worden ist [29]). Die Wirkung der Prävention besteht nun darin, daß von jener Zeit an die dem Kläger sonst zustehende Wahl in Ansehung des Gerichtsstandes jetzt wegfällt, ja die L. ult. Cod. de in ius vocando drohet sogar dem Kläger den Verlust seines Rechts, wenn er mit Verletzung der Prävention die durch die ausgewirkte Ladung einmal anhängig gemachte Sache an den andern Richter bringen würde. Ob nun gleich die heutige Gültigkeit dieser römischen Verordnung aus dem Grunde, weil sie erst in neuern Zeiten von Cujaz [30]) aus den Büchern der Basiliken wieder hergestellet worden, und also zu den nicht glossirten Gesetzen des römi-

28) *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de duarum vel plurium iurisdictionum in una eademque causa conflictu. *Erf.* 1732. rec. *Ienae* 1748. §. 4. giebt die Regel: *Quotiescunque duo vel plures diversi iudices existunt, quorum unicuique per se et in solidum circa unam eandemque causam, de qua controvertitur, vere fundata iurisdictio competit, toties in conflictu legitime praeveniens in iure dicundo profligat removetque praeventum.*

29) *Nov. 112. cap. 3. cap. 20. X. de off. et potest. iud. deleg. cap. 19. X. de foro comp.* PÜTTER c. l. cap. V. MALBLANC Consp. rei iudic. §. 149. und Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 52.

30) Observat. iur. Rom. Lib. XIII. Cap. 11.

römischen Rechts gehört, vielem Zweifel unterworfen ist [31]); so kann doch wenigstens so viel nicht geläugnet werden, daß der Richter, für den die Prävention streitet, gegen die Parthey, die solche verletzt, auf vorgängiges Ansuchen, unbedingte Strafbefehle zu erkennen, und sich durch alle zweckmäßige Mittel bey seiner Gerichtsbarkeit zu schützen, allerdings befugt sey [32]). Jedoch fällt die Wirkung der Prävention alsdenn weg, wenn die Klagschrift als inept verworfen worden ist [33]).

§. 236.

31) *Ulr.* HUBERUS in Praelect. ad Dig. h. t. §. 19. pag. 107. (*edit. Franequeranae* 1689.) sagt: *Sed est graeca constitutio, ex Basilicis desumta, quae non erat in Codice, cum primum* IUSTINIANI *disciplina in orbe Christiano recepta est: ideoque non habet legis vim in iudiciis.* Man vergleiche, was ich von diesen legibus restitutis im 1. Theile meines Commentars §. 53. S. 325. und besonders §. 56. gesagt habe. Daß indessen die angeführte *L. ult. Cod. de in ius voc.* gegen die Regel in der heutigen Praxis recipirt sey, bezeugen LAUTERBACH in Colleg. Pandect. Lib. XLIV. Tit. I. §. 20. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4350. not. h. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 223. not. i.

32) Danz in den angeführten Grundsätzen §. 39. S. 106.

33) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 3. Not. 4. IDEM Elect. disceptat. forens. Tit. IV. §. 86. PÜTTER in cit. Diss. de praevent. et inde nata praescript. fori. Cap. V. §. 75. et 120.

§. 236 d.

d) Wirkung der Rechtshängigkeit.

Durch Anstellung einer förmlichen Klage, und darauf erkannte und gehörig insinuirte Ladung wird ferner d) eine Litispendenz in der Maaße bewirkt, daß der Rechtsstreit bey dem Gericht, wo er einmal anhängig gemacht worden ist, fortgesetzt werden muß, wenn gleich der Beklagte hernach durch Standes- oder Wohnungsveränderung unter ein anderes Forum kommen sollte [34]), oder gar die Person des Beklagten durch eintretenden Todesfall verändert würde [35]). Schon das römische Recht [36]) schreibt diese

34) *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov. Cap.* 19. *X. de foro compet. de* COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. XLIV. Tit. I. Qu. 2. L. B. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 361. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Decis. LXVI. nr. 6. von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden P. CXXII. Nr. 1. *Io. Wilh.* DIETMARI Progr. de praeventione et litispendentia. *Ienae* 1757.

35) Daher muß der Erbe des Beklagten, er sey, wes Standes er wolle, den Gerichtsstand des verstorbenen Erblassers anerkennen, wenn mit demselben die Sache schon rechtshängig gemacht worden ist. *L.* 34. *D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. Pandect. th. pr. Lib. V. Tit. I. §. 57. und *Io. Christoph.* KOCH in Diss. de foro heredis, *Giess.* 1771. §. 8.

36) *L.* 7. *D. de iudiciis.* Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus. Die Redensart REVOCARE FORUM heißt so viel als *fori exceptione uti*, i. e. *allegare, se ibi iudicium suscipere minime teneri, atque alibi conveniri debuisse*, wie solche *Casp.* ZIEGLER in Praelect. publicis in Decretales Lib. II. Tit. 2. ad cap. 19. de foro compet. richtig

diese Wirkung zum Theil der in ius vocationi zu; und wenn gleich das canonische Recht [37]) überhaupt verordnet, daß der Zustand eines solchen anhängig gemachten Rechtsstreits weder durch Ablehnung des einmal begründeten Gerichtszwanges, noch durch Auswirkung nachtheiliger Rescripte, und andere dergleichen Attentate geändert werden soll, so ist doch deswegen nicht zu behaupten, daß durch das päbstliche Recht der bloßen Einhändigung der Ladung auch diejenigen Wirkungen der Rechtshängigkeit seyen mitgetheilt worden, welche nach dem römischen Rechte nur die Litiscontestation hervorzubringen vermochte [38]). Selbst die angeführte Clementine bestimmt die Sache sehr genau, und giebt mit den Worten: Quum, lite pendente, nihil debeat innovari; litem *quoad hoc* pendere censemus, postquam a iudice competente in ea citatio emanavit, et ad partem citatam pervenit etc. deutlich genug zu erkennen, daß diese Litispendenz von der bloßen Ladung nur quoad hoc, nämlich keine Neuerungen vorzunehmen, sondern dem Processe in der Maaße, wie er anhängig gemacht

richtig erklärt. Mit der angeführten *L. 7.* ist noch zu verbinden *L. 19. D. de iurisdict.*

37) Ausser den angeführten Texten gehört auch tot. Tit. Decretal. *Ut lite pendente nihil innovetur* (Lib. II. Tit. 16.) hierher, welchen *Casp.* ZIEGLER in den angeführten Praelectionib. publicis in Decretales vortreflich erläutert.

38) Man vergleiche vorzüglich *Dan.* SCHÜTTE (oder eigentlich *Io. Frid.* BRANDIS) Diss. de praescriptione litispendentiae. (*Goett.* 1784.) Cap. I. §. 4. Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 3. Th. Resp. XCVIII. nr. 43. ff. S. 816. und Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 38. S. 109. der Gönn. Ausg.

worden ist, seinen Lauf zu lassen, verstanden seyn solle, ohne deswegen alle übrige Wirkungen der Litiscontestation darunter zu begreifen. Daher behaupten nicht nur die Lehrer des päbstlichen Rechts [39]), sondern auch andere practische Rechtsgelehrten [40]), daß z. B. die Wirkung der Fortdauer und Perpetuirung der Klagen, desgleichen die Uebertragung der aus einem Verbrechen entspringenden Klagen auf die Erben, noch immer zu den Folgen der Litiscontestation und Einlassung auf die Klage nach der hierin nicht geänderten Verordnung des römischen Rechts [41]) zu rechnen, und hierzu die bloße Insinuation der Ladung keinesweges hinlänglich sey [42]).

§. 236.

39) ENGEL in Colleg. iuris canon. Lib. II. Tit. V. nr. 6. *Paul. Iof. a* RIEGGER Inftitut. iurisprud. ecclef. P. II. §. 596. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 148. *Ant.* SCHMIDT Inftitut. iuris ecclef. German. Tom. II. P. III. §. 181.

40) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 43. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XXIII. §. 2. Idem in Elect. difceptat. forenf. Tit. IV. Obf. 5. nr. 4. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. nr. IV. EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. *Car. God.* WINCKLER de difcrimine inter litis conteftationem iure vet. ac hodierno Sect. III. §. 3. et 4. Pütter a. a. O. nr. 46. u. 47. Danz a. a. O. S. 110.

41) *L. ult. Cod. de praefcript. XXX. vel XL. annor. §. 1. I. de perpet. et temp. action. L. 164. D. de Reg. Iur. L. 13. pr. D. de iniuriis.*

42) Anderer Meinung ist Martin im Lehrbuche des bürgerl. Prozesses §. 140. Allein es ist ein Unterschied zwischen der bloßen Unterbrechung der Verjährung und der Perpetuation der Klagen. Jene geschieht durch die bloße Insinuation der Ladung, letzte erfordert Einlassung auf die

Klage.

§. 236. e.

e) Perpetuirung der Gerichtsbarkeit.

Durch eine gehörig erlassene Citation wird endlich e) auch die Gerichtsbarkeit perpetuirt, das ist, wenn der Richter nur eine aufgetragene Gerichtsbarkeit hat, so kann er solche in der Sache, in welcher er die Citation erlassen hat, fortsetzen, wenn auch gleich derjenige, der den Auftrag ertheilet hat, ehe die Sache geendiget ist, mit Tode abgehen sollte [43]. Diese Wirkung hat das canonische Recht der Ladung beygelegt [44]. Denn nach dem römischen Rechte wurde erst durch die Litiscontestation eine Perpetuirung der Gerichtsbarkeit bewirkt, wie ich an einem andern Orte gezeigt habe [45].

Klage. Man vergleiche vorzüglich BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 26. Not. 13. et HAUBOLD ad *Eundem* not. e. pag. 291. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 69. pag. 265. sq. und MALBLANC Digest. P. II. §. 369. nr. II.

43) *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. Nr. III. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. German. Tom. II. P. III. §. 180. Nr. IV. pag. 267. Ein merkwürdiges Beyspiel führt Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 134. an.

44) *Cap. 20. X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

45) Siehe dieses 3. Theils 1. Abschn. §. 208. S. 300.

§. 237.

Fälle, in welchen die Citation ihre rechtliche Wirkung verliert.

Die bemerkten Wirkungen einer ergangenen Ladung fallen jedoch in folgenden Fällen weg.

1) Wenn beyde Theile weder selbst noch durch Anwälde in dem anberaumten Termine erscheinen, ohne denselben gehörig abgekündiget zu haben. In diesem Falle wird der Termin für circumducirt gehalten, und es ist nun so gut, als ob gar keine Ladung erlassen worden wäre [46]).

2) Wenn hingegen nur der Kläger, auf dessen Gesuch die Citation erlassen wurde, im ersten Termine ausbleibt, so wird dadurch die Ladung nicht ganz ungültig. Zwar wird die Citation in so weit circumducirt, daß der Beklagte um eine Entbindung von der Instanz, und den Ersatz der Kosten bitten kann [47]), welches die Folge hat, daß die Klage für nicht angestellt gehalten wird, mithin der Kläger solche aufs neue anstellen, dem Beklagten aber erst die Kosten des versäumten Termins erstatten, und zugleich Sicherheit wegen Fortsetzung des Prozesses bestellen muß [48]). Allein die Wirkung der Prävention wird dadurch nicht aufgehoben, sondern der Kläger ist bey Anstellung der neuen Klage an den vorigen Richter gebunden [49]). Es wäre denn,

46) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de termino circumducto. *Ienae* 1709. CARPZOV Respons. Lib. II. Tit. III. Resp. 47. nr. 5. sqq.

47) *L. 73. in fin. D. de iudic.*

48) CARPZOV in Processu iuris Tit. VIII. Art. I. nr. 9. et 29.

49) CARPZOV in Processu Tit. IX. Art. 3. nr. 70. et 71. *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de conflictu iurisdictionum §. 13. in fin.

PÜT-

denn, daß der Beklagte den Ungehorsam des Klägers nicht angeklagt, und hierdurch in die Aufhebung des Termins gewilliget hätte, in welchem Falle es eben so gut ist, als ob beyde Theile nicht erschienen wären, und auch die Wirkungen der Prävention und Litispendenz fallen weg [50]).

3) Wenn die Citation in Ansehung ihrer Ausfertigung oder Insinuation einen wesentlichen Mangel hat. Stellet sich jedoch der Vorgeladene, des Mangels ohngeachtet, freywillig; so erhält dadurch die Ladung ihre volle Kraft, und die Einrede gegen die mangelhafte Citation findet nicht weiter Statt, wenn er die ihm in derselben auferlegte Handlung einmal ohne Protestation verrichtet hat [51]).

PÜTTER in Diss. cit. de praeventione et inde nata praescr. fori Cap. V. §. 74. Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 39. Not. n.

50) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. XIII. nr. 11. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 67. WILDVOGEL cit. Diss. §. 14.

51) GAILL Lib. I. Obs. 58. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 346. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. medit. 6. Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 117.

Lib. II. Tit. V.

Si quis in ius vocatus non ierit, ſive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

---

§. 238.

Edict des Prätors wider diejenigen, die der in ius vocationi privatae keine Folge leiſteten. Strafe. Entſchuldigungsurſachen.

Dieſer und die folgenden beyden Titel beziehen ſich noch auf die römiſche in ius vocatio privata. Es war eine Hauptmaxime derſelben, daß der Beklagte gleich folgen, und zum Prätor mitgehen mußte, wenn er nicht Caution leiſten konnte. Verweigerte der Vorgeladene beydes, ſo konnte zwar der Kläger Gewalt brauchen. Allein es war nicht eines jeden Klägers Sache, mit dem Beklagten handgemein zu werden. Deswegen verordnete der Prätor, daß er den Ungehorſamen nach Befinden der Sache in eine Geldſtrafe verurtheilen werde [52]. Dagegen entſchuldigte jedoch den Beklagten:

1) wenn die Urſache ſeines Benehmens gegen den Kläger nicht ſowohl Verachtung der Obrigkeit, als vielmehr eine gänzliche Unkunde der Rechte (ruſticitas) zum Grunde hatte.

2) Wenn dem Kläger durch das Auſſenbleiben des vor Gericht Geforderten kein Schade erwachſen war; es war z. B. ein Feyertag, an welchem ohnedem kein Gericht gehalten wurde.

3) Wenn

52) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

3) Wenn die Obrigkeit, vor welche der Beklagte gefordert worden, notorisch incompetent war. Glaubte blos der in ius vocatus, daß er dem Gerichtszwange dieser Magistratsperson nicht unterworfen sey, es beruhete aber die Sache noch auf weiterer Erörterung, so mußte der Beklagte in einem solchen zweifelhaften Falle doch erscheinen, *ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit*, wie Paulus [53]) sagt. Endlich

4) wenn der Beklagte eine solche Person war, die nach dem Edict des Prätors nicht privatim in ius vocirt werden durfte. Von dieser letztern Entschuldigungsursache ist zwar in den Gesetzen dieses Titels selbst nichts zu finden, allein sie erhellet aus der Rubrik dieses Titels, und der Ueberschrift der L. 48. D. de verb. significat. [54]).

§. 239.

Heutiger Gebrauch dieses Titels. Vor wen gehört das Erkenntniß über die Zuständigkeit des Richters? Wie? Wenn die Jurisdiction unter mehreren Richtern streitig ist, findet in diesem Falle eine Strafe des Ungehorsams Statt?

Nach heutigem Rechte ist zwar eine solche in ius vocatio privata unverbindlich, dergleichen hier vorausgesetzt wird (§. 220. S. 352.). Es kann daher auch von keiner Strafe des Ungehorsams in einem solchen Falle die Rede seyn. Allein ist die Citation auf ausdrücklichen Befehl des competenten Richters geschehen, und der Geladene hat derselben absichtlich keine Folge geleistet, so kann der Richter un-

53) *L. 2. pr. h. t.*

54) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5.

unstreitig auch noch heutiges Tages den Ungehorsamen in eine Geldstrafe verurtheilen [55]). Vorgeschützte Einfalt und gänzliche Unwissenheit der Rechte kann heutiges Tages auch selbst den Landleuten nicht weiter zur Entschuldigung gereichen, indem eines Theils jeden Menschen schon die Vernunft lehrt, der Obrigkeit gehorsam zu seyn, und ihre Befehle mit Ehrerbietung zu befolgen [56]), andern Theils aber es den Landleuten nicht an Gelegenheit fehlt, erfahrne Leute zu Rathe zu ziehen, folglich, wenn sie dieses, ihrer Schuldigkeit gemäß, nicht gethan haben, gegen ein so ausserordentliches und grobes Verschulden ihnen keine Unwissenheit zu statten kommen, und sie gegen die verwirkte Strafe des Ungehorsams entschuldigen kann [57]). So wie jedoch die von einem offenbar incompetenten Richter erlassene Citation von gar keiner Wirkung ist (§. 226. S. 366.); so kann auch, wenn der Geladene dieser keine Folge geleistet hat, von keiner Strafe des Ungehorsams die Rede seyn, welche hingegen in dem Falle allerdings Statt findet, wenn die Zuständigkeit des ladenden Richters nur zweifelhaft war, weil in einem solchen Falle die Gesetze den Geladenen ausdrücklich verbinden, sich gebührend vor Gericht zu stellen, und

55) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. theor. pract. h. t. §. 7.

56) Es findet hier allerdings statt, was Javolen sagt *L. 199. D. de Reg. iur.* Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.

57) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. med. 4. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477. SCHORCH in sentent. et respons. Sent. CCIX. nr. 12. CANNGIESER in Decision. summi procat. senat. Hasso-Cassell. T. I. Decis. 153. nr. 1.

und daselbst seine vermeintliche Einrede anzuführen [58]). Wer ist aber über diese Einrede zu erkennen befugt? Man unterscheide; der Streit ist entweder darüber, ob dem Richter, der die Citation erlassen hat, überhaupt eine Gerichtsbarkeit zustehe, oder ob seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet, oder ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange desselben unterworfen sey. Im ersten Falle ist der ladende Richter, da der Streit ihn selbst betrifft, in dieser Sache zu erkennen nicht befugt [59]); wohl aber in den beyden letztern Fällen, weil er hier nicht in seiner eigenen Sache Recht spricht, sondern blos die Gerechtsame seines öffentlichen Amtes zu vertheidigen sucht, welches ihm sogar als Pflicht obliegt [60]). Denn es ist Pflicht eines jeden Richters, die ihm anvertraute Gerichtsbarkeit kräftigst zu handhaben, und gegen alle Eingriffe zu vertheidigen [61]). Der Richter erkennt nun entweder, daß die Sache nicht vor dieses Gericht gehöre, und spricht daher den Beklagten von diesem

58) *L. 5. D. de iudic.* Man erinnere sich hier an dasjenige, was ich an einem andern Orte §. 266. Not. 6. hiervon ausführlicher gesagt habe.

59) Die Untersuchung dieser Sache gehört für den Oberrichter. S. CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Conft. III. Def. XI. nr. 1. et 2. ZANGER in Tr. de exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 446. KLOCK Confil. Tom. I. Conf. XIV. nr. 131. fqq.

60) *L. 2. §. 1. L. 5. D. de iudic. L. 2. pr. D. h. t. Cap. 7. de privileg. in 6to.*

61) ENGEL in Colleg. univ. iuris canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. STRYK in Uf. mod. Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 6. Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 25.

diesem Gerichtszwange frey [62]), oder er erkennt, daß seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet sey, folglich Beklagter bey Strafe des Ungehorsams sich vor diesem Gericht auf die Klage einzulassen schuldig. Im letztern Falle findet zwar, wenn der Beklagte durch diesen Bescheid beschwert zu seyn glaubt, die Appellation Statt [63]). Allein ist das Erkenntniß einmal rechtskräftig geworden, so kann, wenn der Beklagte nicht erscheint, in der Hauptsache selbst gegen den Ungehorsamen verfahren werden [64]). Wie aber? wenn über die Gerichtsbarkeit unter zwey Richtern Streit entstanden wäre, und der eine von denselben zwar die Citation an den streitigen Unterthan erlassen, der andere aber demselben bey Strafe verboten hätte, der Ladung Folge zu leisten? Kann unter diesen Umständen den Vorgeladenen entweder im Aussenbleibungsfalle die Strafe des Ungehorsams, oder im Erscheinungsfalle die von dem andern Richter gedrohete Strafe des Verbots treffen? Ich glaube nicht. Denn einmal gebührt es keinem Unterthan, keiner Privatperson, mithin auch dem Vorgeladenen nicht, über das Recht der streitenden Richter zu urtheilen, und dem einen oder dem andern Theile beyzupflichten. So lange also der Oberrichter den Streit nicht entschieden hat, ist der Citirte weder des einen noch des andern Richters Unterthan. Die streitenden Richter sind ja hier nicht als Richter, sondern

62) Der Richter kann in diesem Falle auch nach Befinden der Umstände den Kläger zur Erstattung aller verursachten Unkosten und Schäden verurtheilen. S. GAILL Lib. I. Obs. 34. nr. 4.

63) Arg. *Cap. 34. X. de Rescript.* MYNSINGER Centur. XVI. Obs. 88. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3.

64) S. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 1.

dern nur als Partheyen anzusehen. Sodann aber nehme man zuerst den Fall an, der Geladene sey nicht erschienen, und daher in die Strafe des Ungehorsams wirklich verurtheilt worden. Hier sind zwey Fälle denkbar. Entweder der Oberrichter erkennt, daß dem Richter, der die Citation ergehen lassen, in der streitigen Sache die Gerichtsbarkeit zustehe, oder daß er ganz incompetent sey. Im letztern Falle wird das verdammende Urtheil des citirenden Richters ohnehin nicht gelten [65]). Allein auch im erstern Falle wird die erkannte Strafe des Ungehorsams wegfallen, weil dieser Richter doch eigentlich nun erst durch das Erkenntniß des Oberrichters für zuständig ist erklärt worden, mithin vorher kein Ungehorsam denkbar war [66]). Nun setze man hingegen, der Vorgeladene sey erschienen, und habe sich vor dem citirenden Richter, des von dem gegenseitigen Richter an ihn ergangenen Verbots ungeachtet, auf die Klage eingelassen; kann der Strafbefehl des andern Richters an ihm vollstreckt werden? Keinesweges, denn, wenn sich's auch am Ende finden sollte, daß der citirende Richter nicht der gehörige Richter des Beklagten gewesen, so kann doch dem Vorgeladenen hierbey um so weniger etwas zur Last gelegt werden, da es ja einem Beklagten erlaubt ist, die Jurisdiction zu prorogiren [67]).

65) *L. 4. Cod. Si a non compet. iudice.*

66) *L. 53. §. 3. D. de re iudic.*

67) Man sehe vorzüglich HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 697.

Lib. II. Tit. VI.

In ius vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

§. 240. a.

Sicherheitsleistung des Beklagten, wodurch er sich von der Gewalt des in ius vocantis befreyen konnte. Bedeutung des Worts *Vindex*. Wahre Bestimmung und Qualität desselben.

Wenn bey der römischen in ius vocatione privata der Beklagte einen Bürgen stellen konnte, welcher für ihn gut sagte, daß er sich vor Gericht stellen werde, oder welcher gar für ihn erschien, und ihn im Gericht vertheidigte, so mußte ihn der Kläger sofort loslassen, oder er setzte sich einer Injurienklage aus [68]). Schon in den XII. Tafelgesetzen war verordnet: SI EN SIET, QUI IN IUS VOCATUM VINDICIT, MITTITOD [69]). Diese Worte erklärt Gellius [70]) folgendermaßen: *Si tamen sit aliquis, qui pro in ius vocato vel prenso fideiubeat, dimittitor.* Cajus hingegen in seinem Commentar über die XII. Tafelgesetze [71]) drückt sich so aus: *In ius vocatus dimittendus est, si quis eius personam defendet.* Ein solcher Bürge wurde *Vindex* ge-

68) *L. 5. §. 1. D. Qui satisdare cog. Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 22. nr. 12. seqq.

69) S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fragm. XII. Tabular. in Desselben *Fontib. quatuor iuris civ.* und *Io. Nic.* FUNCCIUS ad LL. XII. Tabular. pag. 72. sqq.

70) *Noct. Atticar. Lib. XVI. Cap. 10.*

71) *L. 22. D. de in ius vocando.*

genennt, welches Wort Festus [72]) ganz richtig davon ableitet, quod vindicet, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur. Denn das Wort *vindicare* heißt hier so viel als iusto ac legitimo modo in ius vocatum liberare ac defendere [73]). In den Gesetzen unserer Pandecten findet man jedoch den Ausdruck *vindex* nicht mehr. Denn schon Salmasius [74]) hat bemerkt, daß sich die Verfasser unserer Pandecten aller der alten Ausdrücke und Formeln, mit welchen man sich ehemals für andere verbindlich zu machen pflegte, weil sie zu ihren Zeiten schon obsolet waren, überall sorgfältig enthalten, und statt deren blos die Benennung *fideiussor* beybehalten haben, welche denn auch in den Gesetzen dieses Titels vorkommt. Ueber die eigentliche Bestimmung und Absicht jenes *Vindex* denken die Rechtsgelehrten sehr verschieden. Der schon öfters angeführte van Zees [75]) behauptet, dieser vindex habe die persönliche Vertheidigung des Beklagten übernommen, und sey für ihn vor Gericht erschienen [76]). Allein Meister [77]) hält ihn für einen wahren Bürgen, der für die Schuld des Beklagten, weshalb derselbe vor Gericht gefordert worden,

zu

72) de Verb. Signif. voc. *Vindex*.

73) CICERO *de inventione Lib. II. cap. 54.* sagt: VINDICATIO *est, per quam vis et iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur.*

74) *de modo usurar.* Cap. XVI. pag. 699.

75) in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante L. C. fiebant. Cap. II. §. 36. et 37.

76) Eben so *Iac.* VOORDA Elector. cap. 25.

77) in Progr. sub Tit. Vindex et Vas. Cap. I. §. 9. in *Opusc.* T. I. Nr. VI. pag. 288. sqq.

zu mehrerer Sicherheit des Klägers, mittelst einer Stipulation, gutgesagt, und hierdurch den Beklagten von der Gewalt des Klägers befreyet habe. Ravard[78]) glaubt hingegen, der vindex habe gleich die Zahlung für den Beklagten geleistet, und erklärt hieraus die Stelle der Zwölftafelgesetze: *assiduo vindex assiduus esto*, quo ipso, sagt er, aliud nihil visi sunt voluisse Decemviri, quam assiduos non servitiis cuiusquam aut deditionibus, sed *assibus vindicandos*. Wenn es nun gleich keiner dieser Meinungen an Gründen fehlt[79]); so ist doch so viel gewiß, daß nach dem Edict des Prätors, wovon in diesem Titel die Rede ist, der Beklagte blos eine Caution iudicio sistendi causa durch einen Bürgen habe leisten dürfen[80]). Der Bürge versprach also mittelst der Stipulation, dafür gut zu seyn, daß der Beklagte an einem dem Kläger beliebigen Tage vor Gericht erscheinen solle[81]). Von dieser Caution ist in den Zwölftafelgesetzen keine Rede, sondern dieselbe hat der Prätor erst in seinem Edict eingeführt, um die Strenge jener Gesetze zu mildern[82]). Eigentlich mußte nun zwar dieser ein

78) Lib. sing. ad Legg. XII. Tabul. cap. 9.

79) S. meine Opusc. Fasc. II. pag. 313. not. 24.

80) *L. 1. et 4. D. h. t.* Siehe auch HEINECCIUS in Opuscul. postum. s. historia edictor. pag. 343.

81) Man vergleiche *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t.

82) S. *Bav.* VOORDA Diss. de vadimonio. Cap. II. §. 3. (in *Dan.* FELLENBERG Iurispr. antiqua T. II. pag. 16.) AVERANIUS c. l. nr. 15. und *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. T. I. h. t. et ad Eundem *Nic.* SMALLENBURG not. 1. pag. 277.

ein tüchtiger Bürge (fideiussor locuples) seyn, von dessen Eigenschaften in dem Titel: *Qui satisdare cogantur* etc. ein Mehreres vorkommt; allein unter nahen Anverwandten mußte jeder Bürge angenommen werden [83]).

§. 240. b.

Heutiger Gebrauch dieses Titels.

Unser Verfasser meint, daß heutiges Tages von dem Inhalt dieses Titels gar kein Gebrauch zu machen sey, weil er blos auf die römische in ius vocatio privata seine Beziehung hat. Diese Meinung gewinnt dadurch noch mehrern Schein, daß selbst nach dem neuern röm. Rechte [84]) der vor Gericht geforderte Beklagte nicht sogleich mitzugehen schuldig war, sondern demselben eine Bedenkzeit von wenigstens zwanzig Tagen gelassen werden mußte, um bey sich überlegen zu können, ob er es auf den Proceß ankommen lassen, oder den Kläger lieber in Güte befriedigen wolle. Es kann auch nicht geläugnet werden, daß, wenn die Ladung, wie heut zu Tage gewöhnlich ist, auf ausdrücklichen Befehl des gehörigen Richters durch den Gerichtsdiener geschiehet, der Vorgeladene sich durch keine Cautionsleistung von

83) *L. 1. 2. et 3. D. h. t.* Das Edict, dessen Ulpian hier Erwähnung thut, kommt *L. 2. §. 2. D. Qui satisdare cog.* vor. S. VOORDA Elector. cap. 25. *Bav.* VOORDA cit. Diss. cap. III. §. 7. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjectur. iur. civ. Lib. II. cap. 28. und SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas h. t. pag. 278.

84) *Nov. LIII. cap. 3. Auth.* Offeratur. *Cod. de litis contestat.*

von der Verbindlichkeit vor Gericht zu erscheinen, zu befreyen im Stande sey, sondern schlechterdings erscheinen, oder nachtheilige Folgen gewärtigen müsse [85]). Insofern jedoch die in ius vocatio privata auch noch heutiges Tages Statt finden kann, (§. 220.), oder von einer Realcitation (§. 222.) die Rede ist, so kann von diesem Titel allerdings noch Gebrauch gemacht, und durch Caution die Folge des Arrests vermieden werden [86]).

85) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 1.

86) HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 6. et 7.

Lib.

Lib. II. Tit. VII.

Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.

---

§. 241.

Strafe desjenigen, der einen vor Gericht geforderten Beklagten aus des Klägers Händen durch Gewalt oder List befreyet hatte. Erläuterung der *L. 5. §. 1. D. h. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Daß der Kläger, wenn der Beklagte seinem Rufe nicht folgen, und gutwillig mit ihm gehen wollte, Gewalt brauchen konnte, ist bereits oben (§. 218. S. 341.) bemerkt worden. Wenn nun ein Dritter sich dem Kläger in diesem rechtmäßigen Unternehmen widersetzte, und den Beklagten mit Gewalt aus des Klägers Händen befreyete, gesetzt auch, daß es nicht gerade aus bösem Vorsatz, sondern blos in der irrigen Meinung geschahe, als ob der Kläger nicht befugt gewesen, den Beklagten mit Gewalt vor's Gericht zu ziehen; oder wenn auch nur der Dritte sonst durch List und Bosheit es veranlaßte, daß der Beklagte entkam, und sich nun nicht vor Gericht stellete; so gab der Prätor dem Kläger gegen diesen Dritten eine Klage (actionem in factum), wodurch er auf eine Privatgeldstrafe klagen konnte, welche der Kläger selbst nach dem Verhältniß des Gegenstandes derjenigen Klage bestimmte, die er wider den vorigen nun entkommenen Beklagten anstellen wollte. Diese mußte der Dritte, und nunmehrige Beklagte bezahlen, wenn er auch beweisen konnte, daß der

Kläger von dem durch ihn losgekommenen Beklagten wirklich nichts zu fordern gehabt hätte. Denn auch dem Chikaneur stand diese Pönalklage zu, nicht sowohl, um dadurch die Strafwürdigkeit eines verachteten obrigkeitlichen Ansehens desto bemerklicher zu machen, als vielmehr aus besonderm Faveur gegen diejenigen, welche auf dem gesetzlichen Wege ihr Recht suchen, und mit Hülfe der Obrigkeit solches geltend machen wollen, aber auch aus gerechtem Eifer und Mißfallen über Thathandlungen, wodurch man den Lauf der Rechtspflege zu hindern suchte. Folgende Stellen aus Ulpians und Paulus *libris ad Edictum* sind hier besonders merkwürdig: Hoc Edictum Praetor proposuit, ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt[87]. Quod Praetor praecepit, *vi eximat*: vi an et dolo malo? sufficit vi, quamvis dolus malus cesset[88]. — Sed EXIMENDI verbum generale est, ut POMPOMIUS ait: *eripere* enim est de manibus auferre per raptum: *eximere* quoquo modo auferre: utputa si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quominus in ius veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit[89]. — In eum autem, qui vi exemit, *in factum iudicium* datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed *quanti ea res est, ab actore aestimata, de qua controversia est.* Hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.

87) *L. 1. pr. D. h. t.*

88) *L. 3. §. 2. D. h. t.* BACHOV ad Πρῶτα Pandect. p. 480. seq.

89) *L. 4. D. eod.*

qui [90]). Ueber diese letztere Stelle ist viel gestritten worden. Lesenswürdig ist, was insonderheit Johann Steck [91]) und Jacob Gothofredus [92]) gegen Anton Faber [93]) mit großer Gelehrsamkeit darüber geschrieben haben. Das Resultat ihrer Meditationen ist, daß die Worte *ab actore* nicht, wie Faber will, wegzustreichen, sondern theils wegen des ganzen Zusammenhangs, theils weil sie auch in den Basiliken stehen, beybehalten werden müßten; der Kläger auch das, was er als Strafe von dem Exemtor zu fordern berechtigt war, nicht mittelst Eides bestimmt [94]), sondern gegen denselben gerade darauf geklagt habe, was seine Klage gegen den ihm entrissenen erstern Beklagten enthielt [95]). Diese Erklärung bestätigt auch, wie ich noch

 hinzu-

90) *L. 5. §. 1. D. eod.*

91) in Vindicationib. legum anticrit. Cap. I. In *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* Tom. I. pag. 510.

92) in Animadversion. iuris civ. libro Cap. I. In *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 266. sqq.

93) in Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 1. D. h. t.

94) Hierin stimmen auch *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar in IV. libr. Institution. Iustin. (*Lugd.* 1588. fol.) ad §. 12. I. de action. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 4. überein.

95) *Io.* STECK a. a. O. sagt: *Sensus igitur legis est: Non ad id, quod vere debetur actori ab exemto, condemnatur, qui exemit, sed ad eam summam, quae ab actore in libello petita, licet exemtus forte tantam non debuerit. Sibi enim imputet, quod, cum exemerit in ius vocatum, summam petitam ab actore, forsan debito maiorem, solvere teneatur: dico, summam libello petitam, quae est aestimatio illa actoris, de qua lex loquitur.* Und eben so *Iac.* GOTHOFREDUS a. a. O. pag. 270. *Verif-*

hinzufüge, Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen[96]), welcher sagt: Τὸν ἐμὸν, ὑπεύθυνον, ἀγόμενον ἐπὶ δικαστήριον, βίᾳ ἐξείλετό τις, ἢ κατὰ δόλον οὐ συνεχώρησεν ἐλθεῖν ἐπὶ τὸ δικαστήριον, καταδικασθήσεται τῇ in factum, τοσοῦτον, ἀπαιτούμενος, ὅσον ἐγὼ τὸν καλούμενον ἐπὶ τὸ δικαστήριον ἀπῄτων: d. i. Eum, qui obligatus mihi erat, in ius vocatum, vi aliquis exemit, aut per dolum non permisit in iudicium venire, condemnabitur actione in factum, et *tantum ab eo exigetur, quantum ego ab illo in ius vocato exigebam*[97]). Als Pönalklage hatte diese actio in factum nicht gegen die Erben Statt, sie dauerte auch nicht länger als ein Jahr[98]); sie befreyete auch den Beklagten, welcher eximirt worden, von dem Anspruche des Klägers nicht[99]), und wenn mehrere an der unerlaubten Handlung der Exemtion Antheil genommen hatten, so konnte die Klage gegen einen jeden auf das Ganze angestellet werden[100]).

Wenn

Verissimum igitur tandem est, in eum, qui in ius vocatum vi exemit, petitionem eius dari actori, quod ipse ab in ius vocato libello suo petiit: Libello *inquam, qui petitionis summam vel quantitatem olim continere debebat.* L. 2. Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo, et L. 2. §. 5. D. Qui satisd. cog.

96) Lib. IV. Tit. VI. §. 12. in fin. *edit.* REITZ Tom. II. pag. 802.

97) Mir stimmt hierin auch bey *Nic.* SMALLENBURG ad *Ant.* SCHULTINGII notas ad Pand. h. t. T. I. pag. 280.

98) *L. 5. §. 4. D. h. t.*

99) *L. 5. §. 3. L. 6. D. h. t.*

100) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

Wenn heutiges Tages sich der Fall ereignen sollte, daß ein Dritter den vor Gericht geladenen Beklagten boshafter Weise abhalten sollte, vor Gericht zu erscheinen, so wird derselbe nicht nur für diese Frevelthat willkührlich von der Obrigkeit bestraft, sondern er kann auch von dem Kläger deshalb auf das Interesse belangt werden [1]). Ja diese Klage findet sogar gegen einen Richter Statt, welcher dem vor Gericht Geladenen widerrechtlicher Weise untersagte, sich zu stellen [2]).

1) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. pag. 118. *Io. Tob.* RICHTER select. iuris princip. ad ord. Digestor. expos. Diss. IV. §. 7.

2) HOMMEL in Rhapsod. Quaest. for. Vol. V. Obs. 697. nr. 5. pag. 438.

Lib. II. Tit. VIII.
Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.

---

§. 242.

Eigentlicher Gesichtspunct dieses Titels. Ursachen, warum die Satisdation für sicherer gehalten wurde, als die Caution durch Pfand.

In den Gesetzen dieses Titels ist eigentlich nur von den verschiedenen Arten der Cautionsleistung die Rede, wodurch sich bey den Römern der in ius vocatus von der Verbindlichkeit, dem Kläger sogleich zu folgen, befreyen konnte. Diese Caution hieß *de iudicio sisti*, ehemals *vadimonium* 3), wodurch der Kläger Sicherheit erhielt, daß sich der Beklagte zur bestimmten Zeit vor Gericht stellen werde. Ob nun gleich die cautio de iudicio sisti ordentlicher Weise durch Bürgen geleistet wurde, so gab es doch Fälle, wo auch ein eidliches, ja wohl nur ein simples Versprechen zur Caution angenommen wurde. Z. B. wenn Jemand, der das ius revocandi domum hatte, in Rom war vor Gericht gefordert worden (S. 227.), so cavirte der Beklagte durch ein bloßes Versprechen, daß er sich zur bestimmten Zeit in seinem Wohnungsorte vor Gericht stellen wolle 4).

Wen

3) Man vergleiche hier die elegante Dissertation des *Bavii* VOORDA de Vadimonio. *Trajecti ad Rhenum* 1751. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. pag. 3. sqq.)

4) *L. 2. §. 7. D. de iudiciis.*

Wen unvorhergesehene Ereignisse an der Erfüllung seines eidlichen Versprechens hinderten, beging deshalb keinen Meineid [5]). Hierdurch erklärt sich die Ueberschrift dieses Titels: *vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.* Die Ursache, warum jene Caution nicht durch Pfandgebung bestellet wurde, war unstreitig die, weil der Kläger, wenn der Beklagte seiner Caution zu Folge nicht vor Gericht erschien, auf das Interesse klagte [6]), so wie dieses bey allen prätorischen Stipulationen üblich war [7]). Da sich nun dieses Quantum nicht immer voraus bestimmen ließ, so konnte man auch nicht wissen, welche Pfänder zur Sicherheit und Genugthuung des Klägers eigentlich genügten. Ueberdem wurde auch die Caution durch Bürgen darum für sicherer gehalten, weil Pfänder nicht immer einen Käufer finden, und manchen Zufällen unterworfen sind, der Richter auch oder die Parthey mit Verwahrung derselben belästiget wird, dahingegen die Hülfsvollstreckung wider die Bürgen viel leichter ist [8]).

Da diese Materie von den mancherley Cautionen de iudicio sisti, in Hinsicht auf die römische in ius vocatio privata allein, freylich zu wenig Nutzen für uns hat, so nimmt unser Verfasser Gelegenheit, hier von den verschiedenen beym Proceß überhaupt vorkommenden Sicherheitsleistungen zu handeln. Der

5) *L. 16. D. h. t.*

6) *L. 2. §. 5. D. h. t.*

7) *L. 3. L. 7. D. de stipulat. praetor.*

8) NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Quaest. 1.

Nutzen einer solchen Lehre bedarf wohl keines umständlichen Beweises, da ohne dergleichen Cautionen, welche die streitenden Partheyen beym Proceß einander leisten müssen, nicht nur das erstrittene Recht des einen Theils, sondern auch das richterliche Ansehen, dem Spott und der Chikane blosgestellet seyn würde [9]).

§. 243.

Begriff und verschiedene Gattungen der Caution.

Cautio, Vorstand, Sicherheit, heißt überhaupt jedes Mittel, wodurch ich den Andern wegen eines etwa zu besorgenden Nachtheils sicher stelle. Hieraus erklären sich mancherley Bedeutungen dieses Worts, die wir in unsern Gesetzen finden [10]). Im eigentlichen Verstande aber wird unter Caution dasjenige verstanden, was ich dem Andern in der Absicht leiste, daß ich meine Verbindlichkeit erfüllen werde, wenn etwa das Gegentheil zu befürchten seyn möchte.

9) S. Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. und Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 479. ff. S. 715. der Gönn. Ausg.

10) So z. B. heißt *Cautio* auch ein jedes Document, jeder schriftliche Aufsatz, welcher zum Beweis, daß eine Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey, errichtet worden ist. Daher wird bald der Schuldschein, die Handschrift, die mir mein Schuldner über ein empfangenes Darlehn ausstellt, wie in den *L. 25. §. ult. D. de probat. L. 40. D. de reb. cred. L. 40. D. de minorib. L. 8. C. de non num. pecun.* bald die Quittung des Gläubigers, wodurch der Schuldner, daß die Schuld getilgt sey, gesichert wird, wie in den *L. 15. D. de probat. L. 2. C. de his, qui accus. poss. L. 32. §. 1. D. de admin. et peric. tutor.* Cautio genennt.

möchte. In einer dritten noch engern Bedeutung wird *Cautio* für eine solche Sicherheit genommen, welche durch ein bloßes Versprechen geleistet wird [11]), und der Satisdatio, oder Caution durch Bürgen entgegengesetzt [12]). Der Zweck aller Caution ist also Sicherstellung gegen einen besorglichen Nachtheil, sie setzt daher jederzeit eine dergleichen Besorgniß voraus, und fällt weg, wo kein Schade zu befürchten ist. Es giebt nun verschiedene Arten der Caution [13]).

A. Siehet man auf die Art und Weise, wie sie geleistet wird, so geschieht dies entweder

I. durch ein Versprechen ohne Darzwischenkunft von Etwas andern. Diese Art der Caution wird eine Verbalcaution genennt, und ist wieder von zweyerley Art. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen, daß man seine Verbindlichkeit erfüllen werde, oder durch ein eidliches Versprechen geleistet. Erstere wird ein Vorstand vermittelst der bloßen Angelobung (*cautio nude promissoria*), letztere ein eidlicher Vorstand (*cautio iuratoria s. adiuratoria*) genennt. Oder die Bestellung geschiehet

II. durch die Darzwischenkunft von Etwas andern, woran sich der Gläubiger halten kann. Diese wird eine Realcaution genennt. Diese ist ebenfalls wieder sehr ver-

11) *L. 3. Cod. de Verbor. Significat.*

12) *L. 2. §. 6. D. de iudic. L. 63. §. 4. D. pro socio.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Verbor. Significat. h. v.

13) Man vergleiche hier Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 334 ff.

verschieden, wenn wir auf die verschiedene Eigenschaft derselben sehen. Sie hat entweder ein gewisses Recht zum Grunde, welches demjenigen, zu dessen Besten sie geschiehet, hierdurch ertheilet wird, oder sie besteht in einem bloßen Besitz und Verwahrung. Im ersten Falle ist das Recht, welches das Mittel der Sicherheit ausmacht, entweder ein persönliches, oder ein dingliches, je nachdem die Caution entweder durch Bürgen oder durch Unterpfand geleistet wird. Erstere wird *Satisdatio* [14]), oder *cautio fideiussoria*, letztere aber *cautio pignoratitia* genennt. Bestehet endlich die Sicherheit in einer bloßen Detention und Verwahrung, so ist der Gegenstand derselben entweder eine gewisse Person, welche zur Sicherheit in Verhaft genommen wird, oder eine gewisse Sache. Im erstern Falle heißt dieses der Vorstand durch den Arrest. Ein solcher findet z. B. Statt, wenn ein peinlicher Ankläger wegen der Injurie Schäden und Kosten eine andere hinreichende Sicherheit zu bestellen nicht vermag [15]); desgleichen, wenn Jemand dem andern Unglück und Verderben drohet, und zu befürchten ist, daß er seine Drohungen wirklich ausführen möch-

14) Zuweilen wird jedoch das Wort *Satisdatio* in einem weitläuftigern Verstande genommen, und darunter eine jede Caution, die durch Bürgen oder Pfand bestellet wird, verstanden. *L.* 21. §. *fin. D. de constit. pecun. L.* 49. *in fin. D. de solut. L.* 1. §. 9. *D. de collat. bonor.*

15) Carolin. Halsgerichtsordn. Art. 12. KRESS in Commentat. in Constit. Crim. Carol. Art. XII. §. 3. *de* BOEHMER Meditation. in C. C. C. Art. XII. §. 3. Ebenderselbe in Observat. select. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. criminal. Quaest. CVI. Obs. 2. in fin. MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pandect. Tom. I. Fasc. II. Obs. 135.

möchte, so kann ein solcher Mensch, wenn er keine genugsame Sicherheit, daß er seine Drohungen nicht zur Ausführung bringen wolle (*cautio de non offendendo*), leisten kann, zur Sicherheit des Bedroheten gefänglich verwahrt werden [16]). Im letztern Falle behält entweder der Gläubiger die Sache seines Schuldners, die er aus einer gerechten Ursache inne hat, zu seiner Sicherheit so lange im Besitz, bis die Schuld getilgt worden, oder sie wird dem Richter oder einem dritten sichern Mann in Verwahrung gegeben. Im erstern Falle ist dieses die Sicherheit durch Retention einer Sache [17]), im letztern Falle aber die Sequestration.

B. Siehet man auf die wirkende Ursache der Cautionsleistung, so beruhet diese entweder in einer rechtlichen Nothwendigkeit, weshalb man zur Bestellung derselben durch gerichtliche Zwangsmittel angehalten werden kann, oder sie gründet sich auf eine ganz freywillige Convention. Im erstern Falle ist sie eine nothwendige, im andern eine freywillige oder conventionelle Caution [18]). Die Cautionen der erstern Art theilten die Römer wieder in *stipulationes praetorias*, *iudiciales*, und *communes* ein [19]).

Erstere

16) Peinl. Gerichtsordn. Art. 176. *de* BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzovium.* Quaest. XXXVII. Obs. 7.

17) Daß das Zurückhaltungsrecht eine Art der Sicherheitsmittel ist, bestätigen *L. 15. §. ult. D. de furt. L. 13. §. 8. D. de action. emti vend. L. 5. D. de dote praeleg. L. 22. D. de heredit. vel act. vend.*

18) *L. 7. §. 1. D. h. t.* Man vergleiche über diese Eintheilung VOORDA cit. Diss. pag. 83.

19) S. *Tit. Institut. de divisione stipulation.* und *Iac. a* COSTA in Comment. ad Institut. h. t.

Erstere wurden diejenigen genennt, die blos der Prätor verfügen konnte, z. B. die Caution wegen der Vermächtnisse, und de damno infecto. *Iudiciales* hießen diejenigen, welche blos der iudex pedaneus beym Proceß auflegte, z. E. cautio de dolo, ferner die Caution wegen Verfolgung eines flüchtigen Sklavens. *Communes*, welche eben sowohl der Prätor als der iudex pedaneus auferlegen konnte; z. B. stipulatio de rato. Die stipulationes praetoriae [20]) waren wieder von dreyerley Art, entweder *iudiciales*, welche der Prätor zu dem Ende verfügte, um die sichere Ausführung des richterlichen Endurtheils zu decken, und zu hindern, daß selbige nicht durch Chikane des Beklagten vereitelt werden könne, oder, wie Ulpian [21]) sagt, *quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat.* Z. E. cautio iudicatum solvi, cautio ex operis novi nunciatione sc. de destruendo opere, si appareat, non iure exstructum esse: oder *cautionales*, welche nicht nur an sich die Eigenschaft der Klagen haben, und in Form derselben vor Gericht gefordert werden können (*quae instar actionum habent, et vicem earum repraesentant*) [22]), sondern auch blos zu dem Ende auferlegt werden, um dem Gläubiger einen neuen Schuldner zu verschaffen, an den er sich halten kann (*et, ut nova sit actio, intercedunt*) [23]), z. B. cautio lega-

20) Vid. *Tit. Pandect. de stipulationibus praetoriis* (lib. XLVI. Tit. V.)

21) *L. 1. §. 1. D. stip. praet.*

22) *L. 10. §. 3. D. de compensat. L. 20. D. rat. rem. haberi.*

23) *L. 1. §. 2. D. de stip. Praetor.* Man vergleiche zur Erläuterung dieses Begriffs der *stipulationum cautionalium* vorzüglich *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 2. et 4. I. de div. stipulat. und

legatorum nomine, de rato [24]), damni infecti, et rem pupilli salvam fore; oder *communes*, welche theils zur Sicherstellung des Gerichts, theils zur Versicherung des Klägers, daß durch ungehorsames Aussenbleiben des Beklagten der Lauf des Processes nicht aufgehalten werden solle, erkannt zu werden pflegen; Ulpian [25]) sagt: *communes* sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. Endlich

C. in Ansehung der Dauer sind die Cautionen entweder *perpetuae*, deren Wirkung dreyßig oder mehrere Jahre dauert, und *temporariae*, deren Wirkung auf eine kürzere Zeit eingeschränkt ist. Z. B. die stipulatio de dolo ist perpetua, allein cautio de damno infecto wurde nur immer auf eine gewisse Zeit geleistet, z. E. auf den Fall, wenn das baufällige Haus innerhalb eines Jahres einstürzen würde. War diese Zeit verflossen, und das Haus stand noch, ohne daß es unterdessen repariret worden, so mußte der Nachbar aufs neue um eine Cautionsleistung bitten [26]).

Hier

und VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVI. Tit. V. §. 2.

24) Eigentlich sollte wohl die *cautio de rato* vielmehr ad stipulationes iudiciales gerechnet werden; weil aus dem Mangel der Legitimation eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehet, und also diese Caution hauptsächlich mit ad exitum iudicii eiusque securitatem gehört, wie auch schon *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in IV. libros Institut. iur. civ. Lib. III. Tit. 6. pag. 333. bemerkt hat.

25) *L. 1. §. 3. D. de stipulat. praetor.* Vergl. auch LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. V.

26) *L. 13. §. ult. L. 14. L. 15. D. de damno inf.*

Hier handeln wir nun blos von den verschiedenen Cautionen beym Proceß, und zwar nach römischen sowohl als heutigen Rechten.

§. 244.

Von den beym Proceß üblichen Cautionen nach römischem Rechte.

Nach dem ältern römischen Rechte machte der Kläger, wenn derselbe im eigenen Namen klagte, gar keine Caution. Der Beklagte hingegen bestellte erstlich cautionem de iudicio sisti, daß er sich auf Verlangen des Klägers jederzeit vor Gericht stellen wolle; zweytens auch in einem gewissen Falle eine satisdatio iudicatum solvi, nämlich wenn derselbe mit einer Realklage in Anspruch genommen wurde [27]), und diese gieng dahin, daß der Beklagte die streitige Sache herausgeben wolle, so bald er dazu würde condemnirt werden. Eigentlich enthielt aber diese *stipulatio iudicatum solvi*, wie Ulpian [28]) bezeugt, dreyerley Klauseln: 1) de iudicato solvendo, 2) de re defendenda usque ad exitum litis, et 3) de dolo malo. Die letztere Klausel gieng vor der Litiscontestation bey jedem Besitzer sowohl auf dolum futurum als culpam futuram; in

27) *Princip. Institut. de Satisdation.* Von dieser Caution ist auch die *L. 5. pr. D. h. t.* zu verstehen, wo Cajus sagt: Si pro *condemnato* fideiusserit, et *condemnatus* decesserit, — recte nihilominus cum fideiussore eius agetur. S. VOORDA in Diss. cit. Cap. III. §. 2. bey FELLENBERG Tom. II. pag. 83. seq. und *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. h. t. pag. 284.

28) *L. 6. D. iudicat. solvi.* S. AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 10. nr. 7.

in Ansehung des Vergangenen aber gieng sie bey einem bonae fidei possessor nur dahin, wenn er etwa nach erhobener Klage vor der Caution die Sache mit Vorsatz aus den Händen hätte kommen lassen, daß er deshalb haften wollt, bey einem malae fidei possessor hingegen auf dolum et culpam zugleich [29]). Jedoch wurde diese cautio iudicatum solvi eigentlich nur bey einer actione in rem speciali, dergleichen die Rei Vindicatio ist, bestellet, denn bey der Erbschaftsklage cavirte der Beklagte blos de hereditate non minuenda [30]). Konnte der Beklagte keine hinreichende Satisdation de iudicato solvendo leisten, so mußte die streitige Sache sequestrirt werden [31]). Die Ursache, warum der Beklagte nur bey Realklagen dergleichen Cau-

29) *L. 45. D. Rei Vindic.* S. Westphal in dem System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 973. S. 754.

30) *L. 5. D. de hereditat. petit. Ian. a* COSTA in Commentar. in Iustiniani Institut. ad Tit. de satisdat. pag. 576. sq.

31) *L. 7. §. 2. D. h. t. Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. hält diese Stelle für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. S. HUBER Eunom. Rom. ad h. L. Die Worte APUD OFFICIUM *deponi debebit*, heißen so viel als apud aedem sacram seu publicam, quoniam publicae personae ac officiales curam habebant aedium publicarum. *L. 9. §. 8. D. de poenis, L. 1. §. 2. Cod. de commun. servo manum.* S. *Pet.* PERRENONIUS in Animadversion. et var. Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 15. in fin. (In *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 611.) Andere erklären die Worte durch apud officiales iudicis, als *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. lib. III. cap. 14. Noch andere apud Magistratum ipsum, wie POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. II. not. b.

Caution leisten mußte, nicht aber bey Personalklagen, war einmal, weil Realklagen meist körperliche Sachen zum Gegenstande haben, welche leicht vernichtet, oder abhanden gebracht werden können; dahingegen Personalklagen insgemein Quantitäten oder Handlungen betreffen, die nicht deteriorirt noch zu Grunde gerichtet werden können. Zum andern entstehen persönliche Klagen immer aus einer gewissen Obligation, und werden gegen eine solche Person angestellt, mit der wir contrahirt haben. Haben wir nun derselben einmal ohne Bürgen getrauet, so dürfen wir auch hernach durch geforderte Caution ihren Zustand nicht verschlimmern. Allein Realklagen werden gegen den Besitzer der Sache angestellt, der sich dem Kläger auf keine Weise verbindlich gemacht hat[32]). Der Unterschied zwischen der cautio de iudicio sisti, und der cautio iudicatum solvi bestand übrigens darin, daß die erstere durch den Tod des Beklagten aufhörte, letztere aber fortdauerte, denn Zahlung kann auch nach dem Tode des Beklagten von desselben Bürgen noch geleistet werden, aber, einen Todten vor Gericht zu stellen, ist unmöglich[33]). Ferner der Fideiussor de sistendo haftete nach erfolgtem Urtheile nicht weiter aus seiner Caution, wohl aber derjenige, der für die Erfüllung des Endurtheils gutgesagt hatte[34]).

Nach

32) Vergleiche *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 1. I. de Satisdat. *Ev.* OTTO Commentar. et Not. crit. ad Iustin. Institution. ad eund. §. 1. de Satisdat. *Ulr.* HUBER in Praelect. iuris civ. ad Institut. Lib. IV. Tit. XI. §. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 8.

33) *L. 4. D. h. t. L. 1. Cod. de fideiuss. et mandator.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11.

34) *L. 8. §. 3. in fin. D. de fideiussor.*

Nach dem Justinianeischen Rechte muß man unterscheiden.

I. Wenn die Parthеyen selbst vor Gericht streiten, so muß

1) auch der Kläger Caution leisten, daß er a) innerhalb zwey Monaten, von Zeit der übergebenen Klagschrift an gerechnet, litem contestiren[35]), b) den Proceß bis zum Ende desselben fortsetzen, und c) im Falle er ihn verlieren würde, den zehnten Theil der klagbar gemachten Summe, als Kostenersatz, bezahlen wolle[36]).

2) Der Beklagte hingegen braucht nur für seine Person zu caviren, daß er sich stellen, und den Proceß bis zum Ende abwarten wolle, hingegen eine Satisdatio pro litis aestimatione ist er weiter nicht zu bestellen schuldig, wenn er für seine Person (suo nomine) belangt wird, es mag nun solches mit einer Real- oder Personalklage geschehen[37]). Wenn aber

II. ein Stellvertreter im Namen eines Andern einen Proceß führt, so ist er entweder Vormund, oder nur ein Anwald desselben. a) Vormünder, welche für ihre Pflegbefohlne vor Gericht streiten, sind von der gewöhn-

 lichen

35) Es bezieht sich dieses auf die besondere Beschaffenheit der römischen Litiscontestation, vermöge welcher nur vom Kläger gesagt wurde, *eum litem contestari*, vom Beklagten aber, *quod iudicium acciperet*. Ein Mehreres davon ad §. 499.

36) *Nov. XCVI. cap. 1. Nov. CXII. cap. 2. Avth.* Generaliter. *Cod. de Episcop. et cleric.* et *Avth.* Libellum. *Cod. de lit. cont.*

37) *§. 2. I. de Satisdat.*

lichen Cautionsleistung im Proceß frey [38]. Der Vormund leistet daher keine cautio de rato [39]. Tutor enim, sagt Paulus [40], quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet. Auch ist er nicht schuldig, pro iudicato aus eigenem Vermögen zu caviren, sondern kann, wenn diese Caution verlangt wird, dem Gegner deshalb, auch ohne Decret der Obrigkeit, das Vermögen des Pupillen verpfänden [41]. b) Tritt ein Anwald auf, und zwar 1) als Kläger, so braucht er nur, wenn er mit keiner hinlänglichen Vollmacht versehen ist, eine cautio de rato zu bestellen [42]; wenn er aber 2) für den Beklagten erscheint, und dessen Sache führt, so muß er auf jeden Fall, selbst wenn er mit einer Vollmacht versehen ist, satisdationem iudicatum solvi leisten; und zwar soll der Principal selbst diese Caution für seinen Sachwalter machen [43]. Es war dies eine Folge des dominii litis, welches der Procurator nach dem römischen Rechte erlangte, vermöge dessen das Urtheil auf seinen Namen gerichtet wurde. Auf solche Art wurde also der Principal seines eigenen Anwalds Bürge. Von diesem rechtlich fingirten Eigenthum des Rechtsstreits wird im Tit. de Procuratoribus ein Mehreres vorkommen.

§. 245.

38) *L. 1. §. 2. D. de administr. et peric. tutor.*

39) *L. 23. D. de administr. et peric. tutor.* Das Gesetz nimmt jedoch den Fall aus: Si dubitetur, *an tutor sit.*

40) *L. 27. D. eod.* *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 3. Instit. de Satisdat.

41) *L. ult. §. 3. C. de administrat. tutor.* VOET h. t. §. 13.

42) *§. 3. I. de Satisdat. L. 1. C. de procurat.*

43) *§. 4. et 5. I. de Satisdat.*

§. 245.

Von der heutigen Caution der streitenden Partheyen, und deren Anwälden.

Nach der heutigen Praxis muß

I. der **Kläger**, im Civilproceß a) **Vorstand der Unkosten halber** (*cautio de expensis*) leisten, wodurch er den Beklagten, welchem deshalb die exceptio nondum praestitae cautionis de expensis zustehet, wegen Erstattung der Unkosten, im Falle der Kläger in dieselbe verurtheilt werden sollte, sicher stellt. Dieser Vorstand fällt jedoch alsdann weg, wenn Jemand entweder von Amtswegen Klage erhebt, oder, ex lege diffamari (§. 533.) aufgefordert, als Kläger erscheint, mithin nicht ganz freywillig klagt [44]. b) **Vorstand der Wiederklage halber** [45], wenn der Beklagte einen scheinbaren Grund der Reconvention anzugeben vermag, und die Wiederklage mit der Vorklage nicht zugleich verhandelt werden kann, sondern bis nach deren Beendigung ausgesetzt bleiben muß, auch der Kläger für seine Person derjenigen Gerichtsobrigkeit nicht unterworfen ist, wo er gegen den Beklagten seine

44) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 1. Th. Tit. 262. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. 14. Hauptst. §. 381. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 139. BROCKES Obs. 564. Einige nehmen auch noch Ehesachen aus. S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 14. THIBAUT System des Pandectenrechts 3. B. §. 1267. Man sehe jedoch BERGER Elect. proc. matrimon. §. 21. et 22.

45) Estor in den angef. Anfangsgründen Tit. 263.

Klage angestellet hat [46]). Damit nun der Beklagte gesichert sey, daß der Kläger sich der Wiederklage wegen vor eben dem Gerichte, wo die Vorklagsache verhandelt worden, einlassen werde, so kann er die gedachte *cautionem pro reconventione* fordern [47]). Diese findet auch im Executivprocesse Statt [48]). c) Vorstand wegen Fortsetzung des Rechtsstreites (*cautio de lite prosequenda*), welchen der Beklagte in einem solchen Falle fordern kann, da derselbe, wegen Ungehorsams des Klägers vor der Litiscontestation, Entbindung von der Instanz erhalten, d. i. schon einmal von dem gerichtlichen Verfahren befreyet worden war, der Kläger aber den Rechtsstreit aufs neue anhängig macht. In diesem Falle braucht sich der Beklagte nicht eher mit dem Kläger weiter einzulassen, als bis er die verlangte Caution wirklich bestellet hat [49]). Weiter leistet der Kläger heutiges Tages keine Caution. Es sind daher diejenigen Arten des Vorstandes, welche das neuere römische Recht [50]) dem Kläger auflegt, heut zu Tage nicht mehr üblich [51]). Hierbey ist noch zu bemerken, daß die ange-

46) Nettelbladt a. a. O. §. 144. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1181. THIBAUT im System §. 1267.

47) *Io.* GOEDDAEUS de satisdatione pro expensis et reconventione. *Marb.* 1683.

48) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIV. medit. 7. WERNHER Obs. for. T. II. P. VII. Obs. 233.

49) Estors angef. Anfangsgründe 1. Th. Tit. 264. Nettelbladt a. a. O. §. 140.

50) *Nov. XCVI. cap. 1. Nov. CXII. cap. 2.*

51) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 140. Not. e. S. 130. Grolmanns Theorie §. 157. Not. a. S. 297.

angeführten Cautionen gleich im ersten Termine und noch vor der Litiscontestation gefordert werden müssen. Sind sie da nicht in Anregung gebracht worden, so können sie nachher nicht weiter, weder in der erstern noch andern Instanz, gefordert werden [52]). Denn die Ausflucht des noch nicht geleisteten Vorstandes gehört zu den verzögerlichen Einreden, welche vor der Einlassung auf die Klage bey Verlust derselben vorgebracht werden müssen [53]). Läßt sich daher der Beklagte auf die Klage ein, ohne die ihm gebührende Sicherheitsleistung von dem Kläger zu fordern, so wird angenommen, daß er darauf Verzicht gethan habe, und dem Kläger traue [54]). Gleichwie jedoch Niemand mit unnöthiger Sicherheitsbestellung zu beschweren ist [55]); so hat nun ein behutsamer Richter insonderheit dahin zu sehen, 1) daß er nie ohne vorhergegangene Untersuchung der Sache auf die verlangte Cautionsleistung erkenne [56]). Wenn da-

 her

52) MEVIUS in Decision. Part. I. Decis. 137. ZANGER de exceptionibus P. II. Cap. 21. nr. 1. Consil. Tubing. Vol. VIII. Cons. XXV. nr. 31. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. CCXXXIX. nr. 11.

53) *L. 12. et 13. Cod. de except. cap. 4. X. de except.* Reichsabsch. von 1654. §. 38.

54) *L. 52. pr. D. de iudic. L. 13. C. de procurat.* Cramer Wetzlar. Beyträge 3. Th. Nr. XXIII. §. 3. Grolmanns Theorie §. 157. S. 298.

55) *L. 45. pr. D. de procurat. L. 14. §. 1. D. ut legator. vel fideic. caus. cav. L. 3. §. 1. D. ut in possess. legator.* PUFENDORF in process. civ. T. II. Cap. 6. §. 4. MEVIUS P. III. Dec. 55. not. 4.

56) MEVIUS P. III. Decis. 22. et 111. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. XX.

her 2) der Kläger einen hinreichenden Grund zu klagen hat, so daß gar nicht abzusehen ist, wie derselbe in die Kosten verurtheilt werden könne, vielmehr der von Seiten des Beklagten geforderte Vorstand eine bloße Chikane verräth, so darf der Richter dem Gesuche desselben kein Gehör geben, sondern er ist vielmehr dasselbe abzuschlagen nicht nur berechtiget, sondern auch verbunden [57]. So viel hiernächst

II. den Beklagten anbetrifft, so ist derselbe heutiges Tages nur hauptsächlich dann Caution zu leisten schuldig, wenn entweder zu besorgen ist, daß er sich *vor dem* Gerichte, vor welchem die Klage wider ihn erhoben worden, nicht allezeit gehörig stellen, oder daß er dasjenige, was durch den richterlichen Ausspruch erkannt werden wird, am Ende nicht leisten, sondern dem Kläger und Richter das leere Nachsehen lassen werde [58]. Nur unter diesen Umständen liegt dem Beklagten ob, und zwar in dem ersten Falle Caution *de iudicio sisti*, daß er sich auf jedesmalige Citation gehörig stellen, und den Rechtsstreit vor dem Gerichte, vor welchem derselbe anhängig gemacht worden, mit dem Kläger ausmachen wolle [59]; im andern Falle aber *Cautionem iudicatum solvi*, daß er dasjenige, was ihm durch

57) MEVIUS P. II. Decis. 26. SCHORCH Consil. Erford. Resp. CVIII. nr. 11. et 12. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 140. S. 126.

58) *Car. Dav.* LOSSIUS de cautione rei in processu civili. *Vitemb.* 1734. Danz Grundsätze §. 479.

59) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 265. Hofmanns Reichspraxis §. 396. u. 397. Nettelbladt a. a. O. §. 141.

durch das richterliche Endurtheil zu leisten auferlegt werden wird, gehörig erfüllen wolle [60]), zu bestellen. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken, in welchen auf die gedachte Sicherheitsleistung erkannt werden kann: 1) wenn der Beklagte unter dem Gerichte, vor welchem er belangt worden ist, eigentlich nicht stehet, sondern die Gerichtsbarkeit desselben freywillig prorogirt hat, oder 2) unter diesem Gerichte nicht angesessen ist, oder 3) seinen bisherigen Aufenthaltsort verändern will, oder 4) wegen der Flucht verdächtig ist, oder 5) das Seinige durchzubringen anfängt, u. d. [61]). Daß in diesen Fällen nach Befinden der Umstände auch persönlicher Arrest oder Sequestration verhänget werden könne, ist ausser Zweifel [62]). Eben so wahr ist es aber auch, daß ausser jenen Fällen der Beklagte durch Vertrag sich zur Vorstandsleistung verbindlich machen könne [63]). Uebrigens ist von diesen Cautionen des Beklagten noch zu bemerken, erstens, daß der Vorstand sich vor Gericht zu stellen ein Ende habe, wenn der Beklagte verstorben, oder ein Endurtheil vorhanden ist [64]), dahingegen der Vorstand das Zuerkannte zu leisten so lange fortdauert, bis dem Urtheile ein völliges Genüge geleistet worden ist. Hieraus

 erhel.

60) Estors Anfangsgründe Tit. 266.

61) BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 10. Daß der Kläger die vorgegebene Besorgniß einer Flucht des Beklagten oder einer Dilapidation erweisen müsse, versteht sich von selbst. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 4. Th. Decis. CII. nr. 3.

62) Estor a. a. O. §. 2160.

63) MEVIUS P. III. Decis. 75.

64) Estor a. a. O. §. 2156. ꝛc.

erhellet, daß die Sicherheitsbestellung der letztern Art weiter sich erstreckt, als die erstere[65]). Zum andern: daß diese Cautionen dem Beklagten zu aller Zeit, nicht nur in der erstern, sondern auch noch in der zweyten Instanz auferlegt werden können[66]). Endlich

III. die Sicherheitsbestellung der Anwälde anlangend, so ist ein Unterschied, ob sie sich mit einer hinlänglichen Vollmacht legitimiren können, oder nicht. Im letztern Falle müssen sie Sicherheit wegen der Genehmigung (*cautio rati*, oder *de rato*) leisten, welche darin besteht, daß der angebliche Anwald dafür zu stehen verspricht, daß sein Principal, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde[67]). Diese Sicherheitsbestellung ist so nothwendig, daß solche nicht nur von der Gegenparthey und deren Sachwalter, sondern auch von dem Richter selbst, von Amtswegen, sowohl vor der Einlassung auf die Klage, als nach derselben, in allen Theilen

65) Nettelbladt in der pract. Rechtsgelahrtheit §. 143. Wer also blos für den Beklagten gutgesagt hat, daß er sich vor Gericht stellen solle, haftet nicht für ihn, wenn er hernach aus Unvermögen dem Urtheile kein Genüge leisten kann. HORN in Respons. Class. XII. Resp. 37. pag. 838. Der Vorstand de iudicio sisti erstreckt sich auch nicht auf das unrechtmäßige Verfahren des Richters. Wenn daher der Beklagte nicht erscheint, weil die Ladung nicht auf die gehörige Art erlassen worden, so ist der Cavent ausser Verbindlichkeit. Estor a. a. O. §. 2156. zz.

66) MEVIUS P. I. Decis. 177.

67) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita. *Tubingae* 1663.

len des gerichtlichen Verfahrens, verlangt werden kann [68]), weil aus ihrer Beyseitsetzung eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehen würde [69]). Ob ausser dieser Sicherheit wegen der Genehmhaltung ein Sachwalter auch noch die ihm nach dem römischen Rechte obliegende **Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils** (*cautio iudicatum solvi*) zu bestellen schuldig sey, nämlich wenn er für den Beklagten erscheint, ist streitig. Einige [70]) halten ihn noch jetzt dazu verbunden.

68) WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 374. Estor in den angef. Anfangsgründen 1. Th. §. 2154. und besonders Ludw. Ferd. Dapp in dem Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 478.

69) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar dafür halten, daß der Vorstand wegen der Genehmigung vor der Einlassung auf die Klage nothwendig gefordert werden müsse, nachher aber nicht weiter verlangt werden könne, z. E. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VIII. nr. 20—22. ZOESIUS in Commentar. ad Digesta Lib. III. Tit. III. nr. 16. Es ist auch nicht zu läugnen, daß diese Meinung dem Röm. Rechte gemäß ist. *L. 40. §. 3. D. de procurat.* Allein da diese Verordnung sich auf die besondern Wirkungen des dominii litis beziehet, so sind die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß der Vorstand wegen der Genehmigung nicht nur in jedem Theile des Processes, sondern sogar von richterlichen Amtswegen gefordert werden könne. RIVINUS in Specim. exception. forens. Cap. VII. nr. 1. Hofmann teutsche Reichspraxis 1. Th. 14. Hauptst. §. 394. *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de dominio litis Cap. II. §. 22. und Cap. III. §. 16. *Rud. Christ.* HENNE in Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus. (*Erford.* 1768) §. 21.

70) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 266. §. 2160. b.

den. Allein da sich diese Caution auf die Vorstellung von dem Eigenthume des Rechtsstreits gründet, so kann davon h. z. T. kein Gebrauch gemacht werden [71]). Daher sprechen die meisten heutigen Rechtsgelehrten [72]) Anwälde, welche mit einer hinreichenden Vollmacht versehen sind, von andern Cautionen frey.

So wie nun übrigens der Richter in allen Fällen die Frage entscheidet, ob Sicherheit zu bestellen sey, so bestimmt er auch insgemein die Summe des Vorstandes, wobey ihm das Interesse der Parthey, wenn ihr Gegner seine Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte, lediglich zur Norm dient [73]). Wegen der Unkosten wird daher die Sicherheit ohngefehr auf so hoch, als sich die Kosten nach der Beschaffenheit des Processes belaufen können [74]), wegen der Wiederklage aber nach richterlichem Ermessen, ohngefähr so hoch bestellet, daß der Wiederbeklagte sich zu stellen dadurch bewogen werde, oder des Wiederklägers Scha-

71) S. *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 38. §. 46. und Grolmanns Theorie §. 157. S. 298. Not. b.

72) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. a. E. THIBAUT System des P. R. 3. Band §. 1267. a. E.

73) LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 24. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 464.

74) Daß jedoch bey dieser Caution auch zugleich auf den Nachtheil, welchen der Beklagte durch die Klage ausser den Kosten erleidet, Rücksicht zu nehmen sey, läßt sich, sofern dergleichen Schaden näher nachgewiesen werden kann, nicht bezweifeln. S. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät. 4. Th. Nr. VI. S. 129.

Schaden sich belaufen möchte, wenn er den Wiederbeklagten in seinem eigenen Forum belangen müßte [75]). Denn darin sind die heutigen Rechtsgelehrten alle einverstanden, daß die Sicherheitsbestellung wegen der Wiederklage nur als eine cautio de iudicio sisti, und nicht de iudicato solvendo anzusehen sey [76]), und daher solche nicht nach dem Quantum der Gegenforderung, welche der Beklagte in der Reconvention auszuführen gesonnen ist, bestimmt werden dürfe, sondern es vielmehr lediglich darauf ankomme, daß Beklagter wegen der anzustellenden Wiederklage eine hinreichende Sicherheit erhalte, daß der Kläger vor eben dem Gerichte, wo er die Vorklage angestellet hat, in der Reconvention sich stellen, und daselbst Recht nehmen werde [77]). Wegen Fortsetzung des Rechtsstreites läßt sich der Vorstand auf eine gewisse Summe nicht fixiren, sondern sie muß unbestimmt auf Ersetzung des Schadens gerichtet werden, welcher daraus erwachsen sollte, wenn der

75) *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de cautionibus indefinitis. (*Ienae* 1698.) Cap. III. §. 23. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 140. S. 126.

76) MENCKE in System. iur. civ. sec. Pandect. Lib. II. Tit. VIII. §. 4. *de* BERGER in Elect. disceptat. for. Tit. XII. sq. *L. B. a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 1. nr. 85. et 86. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXXIII. nr. 8. pag. 498. THIBAUT System. 3. B. §. 1265.

77) RIVINUS in Enunciat. iuris Tit. XIII. §. 20. *a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 102. und besonders *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. (*Lipsiae* 1782. 8.) Spec. VII. Obs. 4. pag. 88. sqq.

der Cavirende den Proceß liegen läßt [78]). Auch bey dem **Vorstande, sich vor Gericht zu stellen,** ist es, wenigstens im bürgerlichen Processe, nicht nöthig, daß eine gewisse Summe festgesetzet werde [79]), weil der Cavent auf den Fall, da der Beklagte nicht vor diesem Gerichte, vor welchem er belangt worden, erscheinen, und den Proceß fortsetzen sollte, dem Kläger ohnehin alles Interesse, und zwar nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den dadurch entgangenen Gewinn ersetzen muß [80]). Dahingegen, wenn in diesem Falle eine gewisse Cautionssumme festgesetzt worden, sich's von selbst verstehet, daß der Cavent selbige bezahlen müsse [81]). **Wegen der Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils** ist die Sicherheit nach dem Gegenstande

78) Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Processes. 1. Th. Tit. 264. §. 2156. gg. Hofmanns T. Reichspraxis §. 386. THIBAUT §. 1265.

79) MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 37. SCHROETER cit. Diss. de cautionibus indefinit. Cap. II. §. 21. et Cap. III. §. 30.

80) Estors Anfangsgründe Tit. 265. §. 2156. rr. Wenn es in der *L. 2. §. 5. D. h. t.* heißt: *ut in veram quantitatem fideiussor teneatur*, so ist das eben so viel als in id, quod re vera interest actoris, wie es *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. richtig erklärt. Der Cavent soll also dem Kläger seine ganze Forderung, insofern er durch das Nichterscheinen oder Entweichen des Beklagten darum gekommen wäre, nebst allem dadurch erlittenen weitern Verlust ersetzen. Kann der Kläger kein Interesse beweisen, seine Klage war ohnedem eine bloße Chikane, so fällt der Anspruch an den Bürgen von selbst weg.

81) *L. 2. §. 5. D. h. t.* verb. nisi pro certa quantitate accessit add. *L. 3. D. eodem. L. ult. D. de praetor. stipulat.* BOEHMER Consil. MCXCIII. nr. 5. 6. 7. Estor a. a. O. §. 2156. yy.

stande des Rechtsstreits zu bestimmen. Hat Jemand für das Urtheil unbestimmt cavirt, so haftet der Cavent für das, was das Urtheil dem obsiegenden Kläger zuerkennt [82]). Endlich wegen der Genehmigung muß der Sachwalter auf so hoch Sicherheit bestellen, als der Schaden beträgt, welcher aus der nicht erfolgenden Genehmigung seines Principals für die Gegenparthey erwachsen sollte [83]).

§. 246.

Auf welche Art ist die Sicherheit im Proceß zu leisten?

Da Verbalcautionen insgemein keine hinlängliche Sicherheit geben, so wird im Processe ordentlicher Weise ein dinglicher Vorstand erfordert [84]). Ob nun gleich nach der Verordnung der römischen Gesetze eine solche Sicherheit jederzeit mit tüchtigen Bürgen bestellt werden sollte [85]), so läßt

82) *L. 9. D. iudicat. solvi.* iunct. *L. 2. §. 2. D. de stipulat. praetor.* Der Bürge haftet also nicht nur für den Gegenstand des Rechtsstreites, sondern auch für die Kosten des Prozesses und alles übrige Interesse, worin der Beklagte verurtheilt worden ist. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 14. et 15.

83) *L. 19. D. Rat. rem haberi.*

84) Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131. Der Beweis, welchen unser Verfasser aus *L. 25. D. de Reg. Iur.* plus cautionis in re est, quam in persona, nimmt, gehört hierher nicht. Denn diese Regel beziehet sich blos auf die Vortheile des Besitzes, und will so viel sagen: *melius est possidere potius, quam in personam experiri*, wie es in der *L. 1. §. 1. D. de Superficiebus* ausgedrückt wird. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandect. de divers. regulis iuris antiqui (*Genevae* 1653. 4.) ad h. L. pag. 151.

85) *L. 1. D. h. t. L. 3. L. 7. D. de stipulat. praetor.*

läßt doch der Gerichtsbrauch auch eine Sicherheitsbestellung mit Pfändern zu, dergestalt, daß es von dem Willen desjenigen, dem die Sicherheitsleistung obliegt, abhängt, ob er seinen Gegner durch Bürgen oder durch Pfandgebung sicher stellen will[86]). Es wird jedoch dabey vorausgesetzt, daß der Gegenstand, weshalb die Caution zu leisten ist, entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth habe, oder daß der Richter ein gewisses Cautionsquantum nach seinem Ermessen festgesetzt habe; denn ausserdem muß die Sicherheit auch noch heutiges Tages durch Bürgen bestellet werden[87]). Zur Satisdation werden übrigens in der Regel **tüchtige Bürgen** erfordert. Diese Tüchtigkeit der Bürgen ist theils aus ihren persönlichen Eigenschaften, theils aus ihren Vermögensumständen zu beurtheilen[88]). In jener Rücksicht müssen Bürgen, wenn sie tüchtig seyn sollen, 1) sich überhaupt gültig verbürgen können, daher sind Soldaten, die noch in Diensten stehen, ferner Minderjährige und Frauenspersonen, in sofern nicht etwa letztere auf die ihnen zustehenden Rechtswohlthaten Verzicht gethan hätten, keine tüchtigen Bürgen[89]). 2) Sie müssen auf den Fall, daß sie ihrer Verbindlichkeit nicht aus freyem Willen ein Genüge thun, leicht belanget werden können[90]). Diejenigen also, welche an dem Orte des Gerichts, vor welchem die

86) LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 12. *a* WERNHER in select. Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 354.

87) MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 256. Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131.

88) *L. 2. pr. D. h. t.*

89) *L. 8. §. 1. et 2. D. eodem.*

90) *L. 2. pr. D. h. t.*

die streitige Rechtssache anhängig ist, sich nicht gewöhnlich aufhalten, sondern einer fremden Gerichtsbarkeit unterworfen sind, oder die einen befreyeten Gerichtsstand haben [91]), sind keine tüchtigen Bürgen, es wäre denn, daß ein solcher Bürge auf seinen befreyeten Gerichtsstand Verzicht gethan hätte [92]). Zur leichteren Belangbarkeit der Bürgen gehört auch noch, daß sie den Rechtswohlthaten der Theilung, und der Excussion oder Ordnung entsagen [93]). Jedoch behaupten bewährte Rechtsgelehrten, daß bey dem Vorstande, sich vor Gericht zu stellen, oder das rechtskräftig Zuerkannte zu bezahlen, die Rechtswohlthat der Excussion von den Bürgen ohnehin nicht vorgeschützt werden könne [94]). So viel den zweyten Grund, woraus die Tüchtigkeit der Bürgen zu beurtheilen, anbetrifft, so müssen dieselben zahlungsfähig seyn. Sie müssen also 1) an dem Orte, wo sie sich verbürgen, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Güter besitzen, und diese müssen 2) hinlänglich so viel werth seyn, als der Gegenstand, für welchen sie Bürgschaft leisten, beträgt [95]). Wenn den zur Zeit der geleisteten Bürgschaft tüchtig gewesenen Bürgen in der Folge ein

91) *L. 1. D. Si quis in ius vocatus non ierit. L. 7. pr. D. qui satisdare cog.*

92) Cit. *L. 7. pr. D. h. t.*

93) Estors Anfangsgr. des gemeinen u. R. Processes Tit. 253. §. 2137. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.

94) *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 9. Estor a. a. O. §. 2138. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

95) *L. 234. §. 1. D. de verbor. signific.*

ein Unglücksfall begegnet, und sie dadurch unvermögend werden, so muß, nach vorhergegangener Untersuchung, eine andere Bürgschaft bestellet werden [96]. Ueber die Tüchtigkeit der Bürgen muß jedoch der Gegentheil mit seinen Einwendungen gehört werden [97], wenn nun gleich die römischen Gesetze vorschreiben, daß zur Entscheidung des darüber entstandenen Streits ein Schiedsrichter erwählt werden solle [98]; so wird doch dieses heutiges Tages nicht mehr beobachtet, sondern die Sache, so wie andere Nebenpuncte, von demjenigen Richter, vor welchem die Hauptsache anhängig ist, untersucht, und durch ein Beyurtheil *entschieden*, von welchem sodann das Rechtsmittel der Berufung auf einen höhern Richter Statt hat [99]. Zuweilen werden jedoch

96) *L. 10. in fin. D. h. t.*

97) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. Decis. 124. Nimmt der Richter, ohne die Gegenparthey gehört zu haben, einen Bürgen für tüchtig an, so muß er für den Schaden haften. Estor a. a. O. §. 2139.

98) *L. 9. et 10. D. h. t.* Man vergleiche über die *L. 10. D. h. t.* vorzüglich *Io. Bernh.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. und SMALLENBURG ad *Schultingii* notas h. t. pag. 287. sq. Der *arbiter*, dessen in den angeführten Stellen gedacht wird, wurde vermuthlich von derjenigen Obrigkeit bestellet, vor welcher die Hauptsache anhängig war. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3. Es war also ein arbiter iuris, kein compromissarius (§. 475.), wie auch LAUTERBACH in Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 10. bemerkt hat.

99) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 73. et 79. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 124. Not. 2. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 491.

jedoch auch untüchtige Bürgen zugelassen. Dieses geschieht 1) wenn die Parthey, welche die Sicherheitsbestellung fordert, solche wissentlich und freywillig annimmt [100]). 2) Haben die Gesetze [1]) noch insonderheit in Ansehung der cautio de sistendo verordnet, daß, wenn die Sache solche Personen angehet, welche mit der Gegenparthey in einer besondern genauen Verbindung stehen, wie z. B. desselben Eltern, oder Kinder, oder Frau, oder Schwiegertochter, u. d. die Gegenparthey, zu deren Sicherheit diese Bürgen bestellt werden müssen, sich mit einem jeden, auch sonst in Ansehung seiner Vermögensumstände untüchtigen Bürgen, begnügen solle. Ob nicht diese Verordnung der römischen Gesetze auch bey andern gerichtlichen Sicherheitsbestellungen, welche durch Bürgen geleistet werden müssen, ihre Anwendung finde, ist eine Frage, welche von mehreren Rechts-

100) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 3. in fin. D. de fideiussor.*

1) *L. 1. et 2. D. in ius vocati ut eant. L. 2. §. 2. et 3. D. h. t.* Merkwürdig ist die nähere Erklärung darüber, wer unter einem *qualiscunque fideiussor* zu verstehen sey? die in dem §. 4. der *L. 2. D. h. t.* hinzugefügt wird, wo es heißt: Quod ait Praetor, QUALISCUNQUE FIDEIUSSOR ACCIPIATUR: hoc quantum ad facultates, id est, etiam non locuples. Es soll also bey solchen Bürgen, wodurch personae necessariae, von denen hier die Rede ist, einander im Proceß Caution bestellen, nur nicht auf die Vermögensumstände gesehen werden, diese mögen so schlecht beschaffen seyn, wie sie wollen; allein sie müssen doch wenigstens in Hinsicht der oben angeführten persönlichen Eigenschaften tüchtige und insonderheit leicht zu belangende Bürgen seyn. S. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. §. 4. L. 2. cit. h. t. und LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 11.

gelehrten [2]) bejahet wird, weil der Grund des Gesetzes ganz allgemein ist, und darin besteht, daß man es bey dergleichen Personen wegen der ihnen schuldigen Hochachtung, oder wenigstens wegen der genauen Verbindung, in welcher man mit ihnen stehet, nicht so genau nehmen solle, als bey andern Personen. Es ist indessen die cautio de iudicato solvendo hiervon billig auszunehmen, non enim tantum debet reverentiae tribui, sagt Voet [3]) ganz richtig, ut praeiudicium fieret iudiciorum firmitati.

Daß in den Fällen, wo die römischen Gesetze eine Satisdation vorschreiben, heutiges Tages auch eben so *gut ein* Vorstand durch Pfandgebung bestellet werden könne, in sofern nämlich die Sache entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth hat, oder der Richter ein gewisses Cautionsquantum festgesetzt hat, ist bereits erinnert worden [4]). Bey diesem Vorstande durch Pfänder kommt es nun hauptsächlich auf folgende Puncte an: 1) daß sie der Parthey, welche die Caution zu bestellen hat, eigenthümlich zustehen, und 2) dem Gegentheile hinreichende Sicherheit verschaffen [5]).

Es giebt nun auch Fälle, wo eine Verbalcaution angenommen werden muß. Diese kann von zweyerley Art seyn. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen,

2) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 76. Dapp im angef. Versuch §. 494.

3) Commentar. ad Dig. h. t. §. 13.

4) Man vergleiche hier vorzüglich MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 346.

5) Estors Anfangsgründe Tit. 254. §. 2149.

chen, oder durch den Eid geleistet. Zu jener Art der Sicherheitsbestellung wird der Fiskus zugelassen, auch städtische Gemeinheiten leisten durch ein bloßes Versprechen Sicherheit [6]). Denn die Landesfürstliche, so wie die Stadtgemeinde-Casse wird immer auf jeden Ausfall des Processes für zahlungsfähig gehalten. Eine solche moralische Person verdient auch immer eher Credit, als eine Privatperson [7]). Nach römischen Rechten sollen auch die Geistlichen nur durch bloße Zusage caviren [8]), welches jedoch heutiges Tages nicht mehr beobachtet wird [9]). Gemeiniglich werden auch noch diejenigen hierher gerechnet, welche mit unbeweglichen Gütern in dem Lande, wo der Proceß geführet wird, angesessen sind [10]). Allein, daß wenigstens in dem Falle, da die unbeweglichen Güter unter dem Gerichtszwange desjenigen Richters, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gelegen sind, keine weitere Caution nach heutigen Rechten erforderlich sey, wird von den meisten

6) Arg. *L. 1. §. 18. et L. 6. §. 1. D. ut legator.*

7) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 5. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 21.

8) *L. 33. §. 3. Cod. de Episcop. et cleric.*

9) SCHULTZ in Notis ad Institut. Tit. de Satisdat. lit. a. *Io. Tob.* RICHTER in Selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Diss. IV. §. 8. in fin. Schon Justinian hat jenes Privilegium der Geistlichkeit in *Nov. CXXIII. Cap. 21. §. 2.* wieder eingeschränkt.

10) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 20. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 5. ZOESIUS in Commentar. ad Dig. h. t. nr. 5. Estors Anfangsgründe Tit. 256. §. 2153. f. THIBAUT System, 3. B. §. 1268. a. E.

Rechtsgelehrten [11]) behauptet, und von unserm Verfasser (§. 40.) selbst gelehrt. Hiervon §. 248. ein Mehreres. Ausserdem giebt es noch gewisse Cautionen, die durch ein bloßes Versprechen geleistet werden, als die cautio de non amplius turbando bey der confessorischen und Negatorienklage. Auch in einem gewissen Falle die cautio damni infecti, wovon zu seiner Zeit gehandelt werden wird.

§. 247.

Wenn ist die eidliche Caution für zuläßig zu halten?

Der Vorstand durch den Eid findet heutiges Tages nur in dem Falle Statt, wenn derjenige, welcher zur Leistung einer Sicherheit verbunden ist, entweder gar keine, oder doch nicht hinreichende Caution durch Bürgen oder Pfänder aufbringen kann [12]). Der Cavent muß in diesem Falle dahin schwören, daß er, aller angewandten Mühe ohngeachtet, die zuerkannte Caution durch Bürgen oder Pfand nicht bestellen könne, die ihm obliegende Verbindlichkeiten aber getreulich erfüllen wolle [13]). Da in denjenigen Stellen der Gesetze, in welchen die eidliche Sicherheitsleistung

11) SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 9.

12) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de cautione iuratoria, in EIUSDEM Dissertat. academicar. Vol. I. (*Tubingae* 1737. 4. maj.) Nr. VI. pag. 167. sqq. Die juratorische Caution kann daher mit einer Realcaution concurriren. S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4407.

13) *Nov. CXII. Cap. 2. princ. Auth.* Generaliter. *Cod. de episcop. et cleric.* de BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. §. 9. Not. 5. Estors Anfangsgründe Tit. 255. §. 2153. c. u. d.

leistung im bürgerlichen Processe unter den bemerkten Umständen zugelassen wird, nur von solchen Personen die Rede ist, welche in eigenem Namen vor Gericht streiten [14]), so folgt hieraus, daß Sachwalter eigentlich von dieser Art der Cautionsleistung auszuschließen sind, als welche vielmehr diejenige Sicherheit, welche sie zu bestellen haben, nothwendig durch Bürgen oder Pfänder leisten müssen [15]). Jedoch ist dieses nur von solchen Sachwaltern zu verstehen, welche blos zum Nutzen eines Dritten handeln. Denn die zu ihrem eigenen Vortheil handeln (Procuratores in rem suam), werden, da sie in Rücksicht auf die Wirkung wahre Eigenthümer des Gegenstandes des Rechtsstreits sind [16]), wenn selbige weder mit Bürgen, noch mit Pfändern ihren Gegner sicherstellen können, eben sowohl, als diejenige Partheyen, welche in eigenem Namen handeln, zur eidlichen Sicherheitsbestellung zugelassen, wenn nämlich sonst keine Ursache vorhanden ist, welche sie dieser rechtlichen Wohlthat unfähig macht [17]). Ob auch im peinlichen Processe eine eidliche Caution zuläßig sey? ist eine Frage, welche unser Verfasser Not. a. berührt, aber nicht hierher gehört [18]).

 Ich

14) *§. 2. I. de Satisdat. Nov. CXII. cap. 2. princ.*

15) HARPPRECHT cit. Differt. §. 31.

16) *L. 25. D. de procurat. L. 4. et 9. Cod. eodem. L. 13. §. 1. D. de pactis.* LAUTERBACH in Diss. de procuratore in rem suam §. 37.

17) HARPPRECHT cit. Diss. §. 31. nr. 288. sqq. Dapp im Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 496.

18) Man vergleiche *Io. Matth.* MARTINI Diss. de cautione criminali. *Buetzovii* 1777. von Quistorp Grundſ. des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 646. Grolmanns Grundsätze der

Ich bemerke übrigens von dieser eidlichen Sicherheitsbestellung noch im Allgemeinen, 1) daß der Eid körperlich abgeschworen werden, und 2) derjenige, welcher hierdurch Vorstand leisten will, eine Person seyn müsse, welche in gutem Rufe stehet, und keinen Verdacht des Meineides wider sich hat [19]). Bey den Römern hatten die vornehmern Staatsbedienten und Senatoren vom ersten Range, die man *Illustres* nannte, das Privilegium, daß sie blos durch Eid Caution leisteten [20]). *Viri illustres* waren zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die Praefecti praetorio, Praefecti urbi, Magistri militum, Quaestores sacri palatii, Magistri officiorum, Praepositi sacri cubiculi, Comites sacrarum largitionum, und Comites rerum privatarum [21]). Erhaben über alle diese aber (*Supra*

der Criminalrechtswissenschaft §. 484. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 530. u. 533.

19) HARPPRECHT cit. Diss. §. 7. sqq.

20) *L. 17. Cod. de dignitatib.*

21) *Cod. Theodos.* lib. VI. Tit. 6—9. *L. 32. pr. Cod. Iustin. de appellat. L. 2. C. de tempor. appellat. L. 6. Cod. ubi causae fiscal. L. un. Cod. ne rei milit. comit. L. 11. C. de adsessorib. L. 1. Cod. de advocat. divers. iudic. L. ult. C. de suscept.* Von diesen illüstern Chargen vergleiche man *G.* PANCIROLI Commentar. in notitiam dignitatum utriusque imperii orient. scil. et occid. (*Genevae* 1623. f.) Cap. II. p. 14. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theod. Tom. II. pag. 72. sqq. *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae. (*Paris.* 1628. 4.) Lib. I. cap. 4. et 10. *Mich. Conr.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. post tempora reip. liberae. (*Halae* 1768. 8.) Lib. IV. cap. 7. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Dissertat. VIII. §. 11. (Oper. iurid. *Hanov.* et *Bremae* 1758. a *Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. III.)

(*Supra illustres*) waren die Patricii und Consules, die beyden höchsten Würden im römischen Staate [22]). Ein gleiches Privilegium hatten die Memoriales [23]), und Principes agentium in rebus [24]). Daß von dem allen heutiges Tages kein Gebrauch zu machen sey, siehet ein jeder von selbst.

§. 248.

Wer ist von der Sicherheitsstellung im bürgerlichen Processe befreyet?

Von aller bisher gedachter Cautionsleistung im Civilprocesse sind nach dem heutigen Gerichtsgebrauche 1) diejenigen befreyet, die in öffentlichen ansehnlichen Bedienungen stehen, und fixe Besoldung haben [25]). 2) Diejenigen,

 welche

22) *L. un. Cod. Th. de Consul. L. 3. Cod. Iust. eod. L. 16. Cod. de testib. §. 4. I. Quib. mod. patria potest. solvit.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theod. Tom. II. Lib. VI. Tit. 6. *Iac.* GUTHERIUS cit. libro cap. 11. CURTIUS cit. loc. lib. IV. cap. 2. §. 74. et cap. 6. §. 93.

23) *L. 12. pr. Cod. Iust. de proximis sacror. scrinior.* MEMORIALES erant, qui in scrinio memoriae militabant. S. *Iac.* GUTHERIUS de offic. D. A. Lib. III. cap. 7. pag. 469. und *Car. Ehreg.* MANGELSDORF Diss. de magistro memoriae, praes. KLOTZIO. *Halae* 1770. def.

24) *L. 8. Cod. de princip. agentium in rebus.* Von diesen ist nachzusehen *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. II. Lib. VI. Tit. 28.

25) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. *a* LEYSER Specim. XXXIV. medit. 5. *Car. God.* ZIZMANN Diss. de nonnullis, qui a cautione pro expensis immunes sunt. *Lipsiae* 1764. §. 8.

welche unter dem Richter, vor welchem der Proceß geführt wird, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Güter auf irgend eine Art als **Eigenthümer** besitzen [26]). Nach römischen Rechten befreyet zwar der Besitz unbeweglicher Güter nur von der sonst erforderlichen Satisdation [27]). Denn daß dergleichen Besitzer deswegen nicht von aller Sicherheitsleistung frey waren, ist an sich eine unbestrittene Wahrheit, so sehr auch übrigens die Rechtsgelehrten darüber streiten, zu welcher Art der Sicherheitsbestellung dieselben verbunden gewesen sind [28]). Allein daß heutiges Tages

26) S. *Ge. Henr.* AYRER Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda. *Goettingae* 1751.

27) *L. 15. pr. D. h. t.* Sciendum est, possessores immobilium rerum **satisdare non compelli.** Man vergleiche über diese Stelle *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Resolutio L. Sciendum est. XV. D. qui satisdare cogantur. *Tubingae* 1654.

28) Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß die Besitzer unbeweglicher Güter eine juratorische Caution hätten leisten müssen, und beziehen sich auf die *L. 26. §. 6. Cod. de episcop. aud. L. ult. §. 1. C. de Sportul.. L. ult. Cod. de princip. agent. in rebus.* Dieser Meinung sind *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. circ. fin. in *Operib. Lugd. Batav.* 1735. edit. Tom. II. pag. 59. *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. MALBLANC in Dig. h. t. §. 227. Andere hingegen glauben, solche Besitzer hätten mit ihren Gütern Caution machen müssen durch ausdrückliche Verpfändung derselben. Ausser der *L. 7. in fin. D. ut legator.* und *L. 28. §. 3. Cod. de administr. tut.* in welcher letztern Stelle den Vormündern erlaubt wird, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare, d. i. oppignorare, erhelle dieses vorzüglich aus der *L. 15. §. 7. D. h. t.* wo gesagt wird, wenn der Besitzer post cau-

Tages schon der bloße Besitz unbeweglicher Güter, ohne eine

cautionem seine Güter verkauft hätte, so schade ihm dieses nichts, er brauche deswegen doch keine neue Caution zu machen. Hiervon lasse sich kein anderer Grund angeben, als weil der Gegentheil ein hypothekarisches Recht auf den Gütern erhalten, welches freylich nach der Regel: res transit cum sua causa (*L. 76. D. de contrah. emt.*) durch Veräusserung derselben nicht verlohren gieng. Auf solche Art sey auch kein Widerspruch zwischen dieser *L. 15. §. ult.* und der *L. 10. §. 1. in fin. D. h. t.* Denn räthselhaft wäre es sonst, warum eine Parthey, die durch Bürgen Caution gemacht hat, zu neuer Sicherheitsbestellung verbunden seyn solle, wenn den Bürgen in der Folge ein Unglücksfall begegnet, wodurch sie um ihr Vermögen gekommen sind, hingegen der Besitzer unbeweglicher Güter dazu gar nicht weiter gehalten seyn solle, wenn er gleich in der Folge diese Güter veräußert hätte. So urtheilen *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad L. 15. princ. et §. 7. D. h. t. Tom. I. pag. 127. et 130. und *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de eo, qui post litem contestatam bona immobilia possidere desiit. *Halae* 1716. rec. 1737. Endlich giebt es angesehene Rechtsgelehrte, welche der Meinung sind, daß die Besitzer liegender Güter durch bloßes Versprechen Caution geleistet hätten. J. B. HARPPRECHT cit. Diss. de caut. iurator. §. 29. et 30. LAUTERBACH cit. Diss. ad L. 15. D. h. t. Cap. IV. §. 9. et 10. VINNIUS in Commentar. in Institut. ad §. 2. Tit. de Satisdat. WESTENBERG in princip. iuris sec. ordin. Digestor. h. t. §. 17. Ihre Gründe sind 1) weil in der angef. L. 15. weder der juratorischen Caution noch der Verpfändung gedacht werde, der Ausdruck CAUTIO aber, welcher *§. 7. cit. L.* vorkommt, schlechtweg in Gemäßheit der *L. 3. Cod. de Verbor. Signific.* nur eine Sicherheit durch bloßes Versprechen anzeige; 2) weil auch der Ehemann, als Besitzer der unbeweglichen Dotalgüter seiner Ehefrau, von der Satisdation frey ist, *§. 3. dictae L. 15. D. h. t.* da doch die Güter der Ehefrau auch nicht einmal mit ihrer Ein-

eine besondere Verpfändung derselben, von allen oben aufgezähl-

Einwilligung von dem Ehemanne verpfändet werden dürfen; *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.* Endlich 3) weil sonst kein Fall in den Gesetzen dieses Titels vorkommen würde, da die Sicherheit durch ein bloßes Versprechen, deren doch in der Rubrik desselben ausdrücklich Erwähnung geschiehet, bestellet wird, wenn man den Besitz unbeweglicher Güter nicht hierher rechnen wollte. Von diesen verschiedenen Meinungen ist zwar keine ausser allem Zweifel, doch sind die Gründe für die letztere gewiß die schwächsten. Denn erstlich gehört nur wenig Auslegungskunde dazu, um einzusehen, daß sich aus einer Verordnung Justinians (L. 3. C. de Verb. Sign.) nicht beweisen lasse, daß das Wort cautio in einem Fragmente des röm. Juristen MACER (*§. 7. L. 15. D. h. t.*) für ein bloßes Versprechen genommen werden müsse. Das Wort cautio hat in den Gesetzen der Pandecten eine ganz generelle Bedeutung; soll es ein bloßes Versprechen anzeigen, so bestimmen die Gesetze dieses deutlicher, und sagen entweder nuda cautio, wie z. B. in der *L. 2. §. 6. D. de iudic.* oder sie fügen die Bestimmung nuda promissio bey, wie *L. 63. §. 4. D. pro socio.* So viel das andere Argument betrifft, so hat man nicht bedacht, daß die *Lex Iulia de fundo dotali*, (denn von dieser kann doch wirklich nur die Rede seyn, weil der röm. Jurist MACER von der neuern Verordnung des K. Justinians nichts wissen konnte) dem Ehemann nur die freywillige Veräußerung eines fundi dotalis Italici untersagt habe, in Fällen einer nothwendigen Veräußerung hingegen ausser aller Anwendung gewesen sey. *L. 1. pr. D. de fundo dotali.* S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de fundo dotali. *Lipsiae* 1786. Cap. I. §. 5. pag. 18. Eine nothwendige Veräußerung heißt nun eine solche, welche aus gesetzlicher Nothwendigkeit geschiehet, oder, wie sich *Barn.* BRISSONIUS ad Legem Iuliam de adulteriis libr. sing. (*Heidelbergae* 1664. 8.) pag. 156. ausdrückt, *quae causam iuris habet necessariam.* Eine solche necef-

gezählten Sicherheitsleistungen befreye, ist ausser Zweifel [29]. Ob es nun gleich bey dem Besitze unbeweglicher Güter nicht immer auf den Werth derselben [30]), auch nicht darauf ankommt, ob die Grundstücke verschuldet sind [31]), in sofern nämlich nur von einer Sicherheitsbestellung der Wiederklage und Unkosten halber die Rede ist [32]); so wird doch jederzeit erfordert, daß dem Besitzer wenigstens eine Art von Eigenthum an diesen Gütern zustehe, es sey nun ein allei-

necessaria alienatio ist ja aber die Verpfändung der Güter, um die im Processe erforderliche Caution damit zu bestellen; welche daher auch die *L. 28. §. 3. C. de administr. tut.* dem Vormund erlaubt. Endlich auf den dritten Grund läßt sich antworten, daß auch kein Fall einer juratorischen Cautionsleistung in den Gesetzen dieses Titels vorkommt, deren doch auch in der Rubrik desselben gedacht wird. Es ist überhaupt bey der schlechten Ordnung der Justinianeischen Pandecten gar nichts ungewöhnliches, daß der Inhalt eines Titels der Ueberschrift desselben nicht entspricht, wie auch *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Diss. IV. §. 8. bey dieser Gelegenheit bemerkt hat.

29) S. *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. *a* WERNHER Observat. for. Tom. II. P. 6. Obs. 354. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 6. Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. S. 299. THIBAUT System 3. B. §. 1268. S. 176.

30) *Car. God. de* WINCKLER Adversaria iuris iudiciarii inprimis quoad concurs. creditor. *Lipsiae* 1785. Obs. 3.

31) LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 18.

32) *L. B. a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 117.

alleiniges oder nur ein gemeinschaftliches, ein vollkommenes oder nur ein unvollkommenes, dergleichen zum Beyspiel der Emphyteuta hat, ferner ein natürliches, welches ohne Ausübung ist, wie das Eigenthum der Frau während der Ehe, oder ein bürgerliches, wie dasjenige, was der Besitz der Dotalgüter dem Ehemanne giebt [33]). Wer hingegen Grundstücke blos als Nutznießer oder als Pfandgläubiger besitzt,

33) Es tritt hier die Analogie der *L. 15. §. 1. D. h. t.* ein, wo es heißt: *Possessor* autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, *possessor* intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse, ULPIANUS scripsit; womit noch §. 3. zu verbinden: Si fundus in dotem datus sit: tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur. Ob nun gleich diese Verordnung der *L. 15. h. t.* nur von derjenigen Sicherheit redet, daß man sich auf die bestimmte Zeit vor Gericht stellen wolle, so wird doch selbige heutiges Tages auf alle gerichtliche Sicherheitsbestellungen angewandt. LAUTERBACH in alleg. Diss. ad L. 15. D. qui satisd. cog. Cap. IV. §. 11. VULTEJUS in Tract. de iudiciis Lib. II. Cap. V. nr. 88—90. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 477. Uebrigens ergiebt sich aus dem Zusammenhange der angeführten Gesetzstelle, daß das Wort *possessor* in derselben den Eigenthümer bezeichnet. S. F. C. von Savigny Verbesserungen und Zusätze zur ersten Ausgabe der Abh. vom Besitz S. 25. oder §. 8. S. 85. der 2ten Ausgabe. Giessen 1806. In dem angef. §. 3. der L. 15. lesen einige statt propter possessionem, *propter petitionem*, und wollen darunter die reivindicationem verstehen. Allein man sehe *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas Tom. I. pag. 290.

besitzt [34]), ist deswegen von der Sicherheitsbestellung eben so wenig frey, als derjenige, welcher blos bewegliche Güter besitzt, wenn sie gleich von noch so großem Werthe wären [35]). Eine besondere Verpfändung eigenthümlicher Besitzungen wird nun zwar, wie bereits bemerkt worden, heutiges Tages nicht erfordert [36]), dies hat nun aber auch freylich die Folge, daß wenn der Besitzer während des Processes seine liegende Güter etwa veräußern sollte, er zur Leistung einer neuen Sicherheit angehalten werden könne [37]). Es versteht sich übrigens, daß hier unter unbeweglichen Gütern nur das zu verstehen ist, was über der Erde, und nicht, was darunter ist, z. B. Bergwerke [38]). Sind diese Güter im Proceß befangen, so pflegt man heutiges Tages einen Unterschied zu machen, ob der Besitzer darüber mit demjenigen selbst in Streit ist, welcher die Caution verlangt, oder mit einem Dritten. Im erstern Falle behaupten

34) *Arg. L. 15. §. 2. D. h. t.* Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 17.

35) WERNHER in Observ. for. T. II. P. IX. Obs. 113. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 10.

36) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. a WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 359. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9.

37) LUDOVICI in Diss. alleg. de eo, qui post L. C. bona immob. possidere desiit. Cap. IV. SCHAUMBURG cit. loc. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 6. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 10. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4409.

38) *de* BERGER in Oecon. iuris cit. loc. Not. 5. und *de* WINCKLER in Not. ad *Bergerum* pag. 768.

ten unsere practischen Rechtsgelehrten [39]), daß ein solcher Besitz eines streitigen Grundstücks von der Sicherheitsbestellung nicht befreye, im andern Falle hingegen sey der Besitzer des Grundstücks, des darüber mit einem Dritten führenden Processes ungeachtet, von aller Cautionsleistung frey. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser. Allein daß diese Distinction mit der Analogie des römischen Rechts [40]) nicht

39) CARPZOV P. I. Constit. V. Definit. 15. BERLICH P. I. Concl. XX. nr. 39. VULTEIUS de Iudiciis lib. II. cap. 5. nr. 171. *de* BERGER in Oecon. iuris cit. loc. Not. 5. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.

40) *L. 15. §. 6. D. h. t.* Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde, cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? et recte dicetur, possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. Eigentlich bezieht sich diese Stelle auf die Satisdation, welche, ehemals der Appellant wegen der Strafe einer ungerechten Appellation bestellen mußte. Dieß beweißt auch die Ueberschrift der L. 15. nach welcher dieses ganze Fragment aus des AEMILII MACRI *libro I. de Appellationibus* entlehnet worden ist. Von dieser Caution handelt PAULUS *lib. V. Sententiar. Receptar.* Tit. XXXIII. de cautionibus et poenis appellationum, ganz ausführlich. Eine solche Satisdation leistete nun der Besitzer des in Anspruch genommenen Grundstücks, wenn er wider das gegen ihn ausgefallene Urtheil der erstern Instanz die Appellation ergriff, darum nicht, weil Niemand während des Processes des Vortheils seines Besitzes beraubt werden darf, *§. 4. I. de Interdict.* mithin derselbe in Ansehung der in der Appellationsinstanz zu leistenden Sicherheit immer noch als ein Gutsbesitzer angesehen werden konnte. Weil jedoch schon längst vor Justinian diese Art der Satisdation von den Kaisern Diocletian und Maximian ist aufgehoben worden, *L. 6. §. ult. Cod. de appellat.* so hat

nicht wohl übereinstimme, als nach welcher der über das Grundstück erhobene Rechtsstreit, wenn er auch gleich schon in der erstern Instanz für den Kläger wäre entschieden worden, dennoch nicht hindern solle, den Beklagten in Absicht auf Befreyung von der Satisdation in dem in Frage stehenden Processe für einen Besitzer unbeweglicher Güter zu erkennen, haben schon Müller[41]) und Schilter[42]) gezeigt. So wie indessen in Absicht auf das heutige Recht der Fall ohnedem gar nicht denkbar ist, daß von dem Besitzer eines Grundstücks, welches in Anspruch genommen wird, ein Vorstand der Unkosten und Wiederklage halben in diesem nämlichen Proceß gefordert werden könnte, weil ja diese Cautionen nur dem Kläger obliegen, dieser aber nicht zugleich Besitzer der in Anspruch genommenen Sache seyn kann[43]); so wird die Regel, daß der Besitzer eines streitigen Grundstücks seinem Gegner zu keiner Sicherheitsbestellung gehalten sey, auch in Ansehung des Beklag-

hat Tribonian die ganze Stelle des Aemilius Macer gegen die Absicht dieses alten Rechtsgelehrten auf die Cautionen de iudicio sisti übertragen, von welchen in den Gesetzen dieses Titels vorzüglich gehandelt wird, und muß daher auch nun von denselben ex mente IUSTINIANI verstanden werden. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 7. *Ian.* VALCKENAER Diss. de duplici Legum interpretatione pag. 109. seq. und *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas ad Dig. T. I. h. t. pag. 289.

41) ad STRUVII Syntagm. iuris civ Exerc. V. Th. 25. Not. γ pag. 248.

42) in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 18. et 19.

43) Eben dieß bemerkt auch SCHILTER a. a. O.

klagten noch wohl eine Einschränkung erhalten müssen, wenn der Kläger cautionem iudicatum solvi von demselben, als dem Besitzer, fordert. Denn wenn gleich der Kläger in so fern wohl sicher genug ist, daß der Beklagte mit dem Grundstück nicht die Flucht ergreiffen kann, sondern dasselbe, wenn Kläger den Proceß gewinnt, an ihn abgetreten werden muß, so kommt es doch auch bey solchen Real-Ansprüchen auf Ersatz der Früchte, Accessionen und zugefügte Schäden an, wozu der Beklagte verurtheilt zu werden pflegt. Für diese Forderungen des Klägers dürfte also wohl der bloße Besitz des Beklagten, ohne eine besondere Cautionsleistung, um so weniger bürgen[44]), da das römische Gesetz den Beklagten nur darum wegen seines Besitzes von der Satisdation frey spricht, weil solcher den Verdacht der Flucht ausschließt, außerdem aber kann natürlich der Gegenstand des Rechtsstreites nicht auch zugleich das Mittel der Sicherheit seyn. — Wie wenn unter mehreren Litis-Consorten nur einer mit unbeweglichen Gütern angesessen wäre, sind deswegen auch die übrigen mit der Cautionsleistung z. B. der Wiederklage und Unkosten halber zu verschonen? Nein; die Caution ist untheilbar, die übrigen nicht so begüterten Streitgenossen können sich daher der verlangten Sicherheitsbestellung nicht entziehen, wenn sie gleich einen geringern Antheil an der Klage haben sollten[45]).

Ob

44) SCHILTER a. a. O. Not. a. pag. 151. macht sich diesen Zweifel selbst, ohne ihn jedoch zu heben.

45) *de* WINCKLER in cit. Adversar. iuris iudiciarii Obs. 3. circ. fin. Pütters Rechtsfälle I. Bandes IV. Theil Decis. CLIX. n. 49.

Ob nun gleich der Besitz beweglicher Sachen, wie bereits bemerkt worden, in der Regel von der Cautionsleistung nicht befreyt, so findet doch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche eine Ausnahme in dem Falle Statt, wenn die beweglichen Güter von der Beschaffenheit sind, daß sie nicht so leicht und ohne Aufsehen von ihrem Orte weggebracht, und daher in dieser Hinsicht den unbeweglichen Gütern gleichgeachtet werden können, wie z. B. eine zahlreiche Bibliothek, eine ansehnliche Buchhandlung, Apotheke, ein completes Waarenlager u. dgl. [46]). Nur müssen freylich diese Sachen nicht gerade in dem Processe befangen seyn, in welchem die Caution verlangt wird, weil der Gegenstand des Rechtsstreits, wie schon bemerkt worden ist, nicht auch das Mittel der Sicherheit seyn kann, in so fern nämlich von dem Vorstande, das Zuerkannte zu leisten, die Rede ist [47]).

Allein sehr streitig ist die Frage, ob auch ein bloßer Realanspruch auf unbewegliche Güter, in so fern selbiger in einem Eigenthums- oder Erbrechte gegründet ist, von der Verbindlichkeit, gerichtlichen Vorstand zu leisten, befreye? Unser Verfasser entscheidet dieselbe mit Leyser [48])

 be-

46) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 15. *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. ICti Tubingenses Vol. VIII. Consil. CIII. n. 39. sqq. WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 6. Siehe auch diesen Commentar II. Th. §. 173. S. 523.

47) Arg. *L. 71. D. de fideiuss. L. 11. D. h. t.*

48) Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIV. medit. 3. Siehe auch *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Obs. 136.

bejahend, und nach dieser Meinung wird auch in der Praxis gesprochen[49]), ob gleich freylich nicht zu läugnen ist, daß die Gründe für dieselbe nicht außer allem Zweifel sind[50]). Sie sind folgende: 1) die Cautionsleistung ist eine Beschwerde für den, welchem sie obliegt, folglich ist sie so viel möglich einzuschränken. Dahingegen muß die Befreyung von derselben jederzeit ausdehnend erklärt werden. Allein einmal ist die Regel: *odiosa restringenda, favorabilia autem interpretatione extendenda sunt*, als eine trügliche und unbrauchbare Regel der Hermenevtic von den Rechtsgelehrten längst verworfen worden[51]). Zum andern

49) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Constitut. V. definit. 17. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9. PUFENDORF Introduct. in processſ. civ. P. II. Cap. I. §. 9. *Christph. Lud.* CRELL Diss. actionem realem, qua res immobilis petitur, ad subterfugiendum onus satisdationis actori profuturam. *Lipsiae* 1725. (Fasc. II. *Dissertat.* CRELLII pag. 249.) von Selchow neue Rechtsfälle II. Band Nr. XXVII. S. 180.

50) Sie sind geprüft in *Corn. Ioan. Rud.* RIDEL Diss. qua disquiritur, utrum actio quoad rem immobilem a cautione in processu praestanda liberet, nec ne? *Goettingae* 1783. Allein gründlich widerlegt sind sie in *Franc. Car.* CONRADI Diss. actorem, qui fundi petitionem habet, satisdare cogendum. *Erfordiae* 1725. Man sehe auch *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv iuris civ. Sect IV. Cap. II. §. 6.

51) Man vergleiche TITIUS in iure privat. Rom. Germ. Lib. I. cap. XVII. §. 23. et 24. *Io. Frid.* POLAC Diss de noxia et incongrua favorabilium et odiosorum interpretatione. *Francof. ad Viadr.* 1728. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diss. de principiis interpretationis legum adaequatis. (*Lipsiae* 1736.) Sect II. §. 24. *Car. Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praestantiores ex adaequatis princip. demonstrat. (*Lipsiae* 1741.)

dern ist zwar allerdings die Befreyung von der Cautionsleistung für denjenigen, welcher sonst dazu verbunden wäre, sehr favorabel, aber auch gewiß eben so präjudicirlich für den andern Theil, dem die Sicherheit zu leisten ist. Sollte nun dieser weniger Begünstigung verdienen, als jener, da er durch die verlangte Caution doch nur seinen Schaden zu vermeiden sucht [52]? Ja prägen es uns die Gesetze nicht selbst bey jeder Gelegenheit ein, Rechtsbegünstigungen und Wohlthaten nicht zum Nachtheil anderer auszudehnen [53]? 2) Wem eine Realklage auf unbewegliche Güter zustehet, den trift der Verdacht der Flucht eben so wenig, als denjenigen, welcher diese Güter selbst besitzt; es ist mithin kein Grund zur Cautionsleistung vorhanden. Allein wer siehet nicht, daß hierbey sehr viel auf die Beschaffenheit des Anspruchs und den Gegenstand desselben ankommt, es kann daher nicht allgemein behauptet werden, daß ein bloßer Realanspruch allen Verdacht der Flucht ausschließe. 3) Realklagen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, werden bekanntermaßen zu den unbeweglichen Gütern gerechnet [54]. Der Besitzer einer

 solchen

1741.) §. 15. *Franc. Guil.* ROMANI Progr. de favorabili et odioso. (*Lipsiae* 1750.) NETTELBLADT in System. element. iurisprud. positivae Germanor. communis generalis §. 231. nr. III.

52) Semper favendum est magis de damno, quam de lucro captando certanti. *L. 33. D. de Reg. Iur. L. 11. §. 6. L. 34. pr. D. de Minorib. L. 7. D. de iuris et facti ignor.* MEVIUS T. I. P. III. Decis. 381. not. 5. und T. II. P. VI. Decis. 241. Not. 8.

53) *L. 2. §. 16. D. Ne quid in loco publ. L. 40. D. de administr. et peric. tutor.*

54) S. diesen Commentar im II. Th. §. 174. S. 535. f.

solchen Realklage sey also wie der Besitzer eines Grundstücks anzusehen, und daher aus gleichem Faveur der Gesetze von der Sicherheitsbestellung zu befreyen. Die Gesetze selbst geben dieses deutlich zu verstehen, wenn sie sagen: Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur [55]). Ferner: Id apud se quisque habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest [56]). Desgleichen: Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes, ad reciperandam eam, actionem habemus [57]). Dieser Grund hat zwar den meisten Schein, fällt aber doch auch, bey genauerer Prüfung, dahin. Denn **einmal** dünkt mich, bleibt noch immer ein sehr grosser Unterschied, ob man bloß eine Klage besitzt, welche, insofern sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstande hat, selbst zu den unbeweglichen Gütern gerechnet wird, und ob man wegen des Besitzes einer solchen Klage für den eigentlichen Besitzer der unbeweglichen Sache selbst gehalten werden kann. Ganz recht anwortet daher Schilter [58]): *ius in re immobili non est ipsa res immobilis, nec utrobique par ratio est.* Sodann sagen zwar jene Gesetzstellen, daß derjenige, welcher ein gegründetes Recht hat, eine in dem Besitz eines andern befindliche Sache, als die seinige, abzufordern, eben so gut für den Eigenthümer zu halten sey, als derjenige, welcher das Seinige

55) *L. 15. D. de Reg. iuris.*

56) *L. 143. D. de Verbor. Significat.*

57) *L. 52. D. de acq. rer. domin.*

58) In Praxi Iuris Rom. Exerc. VII. §. 23. pag. 153.

Seinige selbst in Händen hat [59]); allein deswegen besitzt er doch die Sache noch nicht wirklich, auf deren Auslieferung er klagen kann. Nach dem Ausspruche des Aemilius Macer aber soll nur der eigentliche Civilbesitz eines Grundstücks von der Verbindlichkeit der Satisdation befreyen [60]). Ein uneigentlicher, analogischer und Quasi-Besitz einer bloßen Klage wird also dadurch gänzlich ausgeschlossen [61]). In Absicht auf das Eigenthum, und das Recht über eine Sache zu disponiren, ist es freylich einerley, ob ich die Sache selbst, oder wegen dieser Sache eine wirksame Klage habe. Aber in Absicht auf die Vortheile des Besitzes, welche derjenige entbehren muß, dem eine bloße Klage zustehet, so wie in Erwägung der Last des Beweises, die dem Kläger obliegt, und des sehr ungewissen Ausganges des Processes, ist es auch wahr, was Pomponius [62]) sagt: *Minus est actionem habere, quam rem.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund, warum es der Parthey, welcher die Caution zu leisten ist, nicht gleich-

59) Siehe den 2ten Theil dieses Commentars §. 174. und Not. 17. S. 536.

60) Dieß beweisen nicht nur die Worte der *L. 15. §. 1. D. h. t.* POSSESSOR is accipiendus est, qui in agro vel civitate REM SOLI possidet; sondern auch die daselbst angeführten Beyspiele.

61) Daß von einem solchen analogischen Besitz in den angeführten Gesetzstellen die Rede sey, beweißt das Wort VIDETUR, welches eine rechtliche Fiction anzeigt. S. *Iul.* a. BEYMA in Commentar. ad L. 143. Digestor. de Verbor. Significat. und ad L. 15. D. de Reg. Iuris (*Leovardiae* 1649. 8.)

62) *L. 204. D. de Reg. iuris.* Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI und *Iulii* a BEYMA Commentaria in Tit. Dig. de divers. Reg. iuris ad h. L.

viel seyn kann, ob man denjenigen, welcher blos eine Klage besitzt, schon für den wirklichen Besitzer der Sache selbst hält, worauf sich diese Klage erstreckt. Denn eine Klage kann leicht durch Präscription erlöschen, der Eigenthümer kann sie heimlich und ohne Wissen des Gegentheils einem Dritten cediren. Alles dieses aber ist bey einem wirklichen Besitz der Sache nicht zu besorgen. Man läßt auch leichter eine Sache fahren, die man erst durch Proceß zu erhalten suchen muß, als daß man den Besitz eines Grundstücks verlassen sollte. Gründe genug, warum das Gesetz den eigentlichen und wirklichen Civilbesitz unbeweglicher Güter zur Befreyung von der Satisdation erfordert [63]). Der letzte Grund für die gemeine Meinung ist endlich, 4) daß in dem §. 4. der mehrerwähnten *L.* 15. *D. h. t.* derjenige, qui fundi petitionem personalem habet, von dem Faveur jener Befreyung ausdrücklich ausgenommen wird. Hieraus schließt man a contrario, daß derjenige, qui petitionem fundi realem habet, mit der Sicherheitsbestellung zu verschonen sey. Denn warum hätte das Gesetz gerade der Personal-Klagen gedacht, wenn Klagen überhaupt keine Befreyung von der Caution gewähren sollten? Diese Ausnahme bestätige also die Regel in dem nicht ausgenommenen Falle, wenn nämlich Klagen, die unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, aus einem dinglichen und zwar entweder einem Eigenthums- oder Erbrechte entstehen. Allein so blendend auch dieses Argument dem erstern Anscheine nach ist, so vielem Zweifel ist es unterworfen. Denn nicht zu gedenken, daß die so genannten argu-

63) S. *Pet.* MÜLLER ad STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. V. Th. 25. Not. γ. Nr. II. pag. 248.

argumenta a contrario bey der Erklärung der Gesetze der Pandecten überhaupt sehr mißlich, und mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen sind[64]); so ist noch erst die Frage, ob dasjenige, was in dem angeführten §. 4. gesagt wird, von allen Personal-Klagen überhaupt zu verstehen sey. Wenigstens läßt sich daran nicht ohne Grund zweifeln, wenn man diesen §. 4. in Verbindung mit dem unmittelbar vorhergehenden erklärt. Hieraus wird sich ergeben, daß in jener Stelle eigentlich nur von der *actio pro dote petenda* die Rede sey. Denn unmittelbar vorher §. 3. *L.* 15. *D. h. t.* sagt **Macer**: Si fundus in dotem datus sit; tam uxor, quam maritus, propter possessionem eius fundi, possessores intelliguntur; und nun heißt es gleich nach §. 4. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet; dieß kann ganz füglich von einer *petitio fundi dotalis*[65]) verstanden werden. Der Jurist will nämlich so viel sagen: anders verhalte sich die Sache, wenn dem Ehemann ein Grundstück, als Heyrathsgut, zwar versprochen, aber noch nicht übergeben worden ist. In diesem Falle könne man ihn noch nicht als Be-

 sitzer

64) *Ger.* NOODT hat diese Wahrheit an mehreren Orten seiner Schriften durch viele Beyspiele erwiesen. Man sehe desselben Probabilia L. I. Cap. 3. §. 4. desselben Diocletianum et Maximian. Cap. 22. und de Usufructu L. I. Cap. 19. et lib. II. Cap. 10. Siehe auch diesen Commentar I. Th. §. 37. S. 266.

65) Es geschieht zwar freylich des fundi dotalis in dem angeführten §. 4. keine ausdrückliche Erwähnung. Allein es ist dem Styl der römischen Rechtsgelehrten gemäß, daß, wenn sie vorher vom fundo dotali geredet haben, sie solchen hernach nur schlechthin FUNDUS nennen. Man vergleiche *L. 2. 5. et 11. D. de fundo dotali.*

sitzer betrachten. Denn er habe ja nur eine Personalklage, nämlich die *actio ex stipulatu*, wenn das Heyrathsgut durch Stipulation versprochen worden, oder die *condictio*, wenn dasselbe ohne Stipulation durch die Solennität einer Diction zugesagt worden[66]). Diese Klagen wären aber freylich noch nicht hinreichend, um in deren Rücksicht den Ehemann von der Satisdation frey zu sprechen, weil doch immer noch die Hauptsache, nämlich der Besitz, ihm mangele, so lange das Dotalgut noch nicht übergeben worden ist. Wer bemerkt hier nicht den Unterschied zwischen fundus promissus und traditus, ferner zwischen Besitz und Klage? Noch eins. Wenn der römische Jurist wirklich die Absicht gehabt hätte, hier von persönlichen Klagen überhaupt zu reden, so würde er sich eines Theils eines solchen Ueberganges nicht bedient haben, wenn er sagt: diversa causa est eius etc. andern Theils aber würde auch alsdann die ganze Bemerkung füglich haben wegbleiben können, weil der Unterschied zwischen dem Besitzer eines Grundstücks, und demjenigen, welcher nur petitionem fundi personalem hat, besonders in Absicht auf Cautionslei-stung,

66) Denn zur Zeit des Aemilius Macer geschahe das Versprechen eines Heyrathsguts noch auf eine feyerliche Art durch Stipulation oder Diction. ULPIANUS in Fragm. Tit. VI. in SCHULTING *Iurisprudent. Antejustin.* p. 581. NOODT in Commentar. ad Pandect. Tit. de iure dotium, *Oper. Tom. II.* pag. 503. besonders *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. XV. pag. 143 — 147. (*edit. Tübingens. 1788. 4.*). Die hypothekarische Klage wegen einer versprochenen Brautgabe hat erst Justinian dem Ehemann gegeben. *L. un. §. 1. Cod. de Rei Uxor. act.* Darum gedenkt der römische Jurist nur der persönlichen Klage.

stung, viel zu sehr in die Augen leuchtet, als daß es deßfalls einer besondern Bemerkung bedurft hätte. Allein versteht man den §. 4. von der persönlichen Dotalklage, so war die Bemerkung des römischen Rechtsgelehrten gar nicht überflüßig, weil allerdings darüber Zweifel entstehen konnte, ob nicht derjenige, welchem ein Grundstück zum Heyrathsgute versprochen worden, schon gewissermassen als Besitzer desselben anzusehen sey, weil die Gesetze die Rechte der Heyrathsgüter um des allgemeinen Nutzens willen sehr begünstigen, und daher eine darauf sich beziehende Klage immer als eine sehr sichere Klage angenommen werden kann [67]). Da also kein deutliches Gesetz die Frage entscheidet, ob und in wiefern ein bloßer Realanspruch an unbeweglichen Gütern von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsbestellung befreye, so kommt es hier, wie auch Schilter [68]) richtig bemerkt, vorzüglich auf das Ermessen des Richters an, welcher aus dem Befinden der Umstände zu beurtheilen hat, ob diejenige Parthey, um derenwillen die Caution vorgeschrieben ist, ohne eine besondere Bestellung derselben, wegen Unkosten, Wiederklage, Stellung des Gegners vor Gericht, Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils, oder weßhalb sonst eine Caution erfordert wird, hinlänglich gesichert sey, so daß dadurch aller Grund zu Besorgnissen hinlänglich aus dem Wege geräumt wird [69]). Wenn daher die An-

67) *L. 1. D. soluto matrimon. L. un. pr. et §. 1. Cod. de rei uxor. act.*

68) Exercit. ad Pandect. VII. §. 23. pag. 153. *L. 3. §. 1. Ut in possession. legator.*

69) Mit mir stimmt auch Grolmann in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 157. S. 299. überein.

Ansprüche desjenigen Theils, welchem die Sicherheitsbestellung obliegt, von der Art sind, daß man bey dem Gerichte, wo der Proceß rechtshängig ist, wegen der demselben obliegenden Verbindlichkeiten schleunige Hülfe cum effectu erlangen könne, oder sonst der Verdacht einer Flucht nicht leicht Statt finden kann, so kommt es nicht weiter auf die Gattung solcher zuständiger Ansprüche an, sondern der Richter kann eine solche Parthey von aller Satisdation freysprechen, weil Niemand mit unnöthiger Cautionsleistung zu beschweren ist. Ganz vergeblich ist es demnach, wenn die heutigen Rechtsgelehrten über diejenigen Realklagen, welche von der Cautionsleistung befreyen sollen, sich nicht vereinigen können, und einige nur die Reivindication[70]), andere auch die Publicianische und die Erbschaftsklage[71]), noch andere aber auch die Confeßorische Klage, in so fern sie eine Prädial-Servitut zum Gegenstande hat[72]), hierher rechnen wollen, ohne in Erwägung zu ziehen, daß keine Klage überhaupt und an sich eine solche Befreyung mit sich führt.

Noch ist die Frage übrig, ob die unbeweglichen Güter, deren Besitz von der Verbindlichkeit, Vorstand zu leisten, befreyen soll, gerade unter dem Richter, vor welchem der Proceß geführet wird, gelegen seyn müssen, oder ob es genug ist, wenn sie nur in demselben Lande, obgleich außer dem Gerichtszwange jenes Richters, liegen? Verschie-

70) LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 17.

71) LEYSER Spec. XXXIV. med. 3.

72) CRELL cit. Differt. §. 15.

schiedene Rechtsgelehrten wollen das letztere behaupten[73]), allein, wie mich dünkt, ohne einen hinreichenden Grund. Denn die Stelle Ulpians[74]), auf welche man sich deshalb beruft, sagt nur, daß es genug sey, si quis in alia eiusdem provinciae civitate satisdationem praestare paratus sit. Man hat aber nicht bedacht, daß alle Städte einer Provinz bey den Römern dem Imperium des nämlichen Präses unterworfen waren, und daß durch ihn die Hülfsvollstreckung geschehen mußte[75]). Eben derselbe Präses der Provinz hatte daher den Gerichtszwang sowohl an dem Orte, wo die Klage war erhoben worden, als an dem, wo das Mittel der Sicherheit befindlich war[76]). Wie läßt sich aber wohl der Schluß von dem Präses einer römischen Provinz auf unsere Landesherren rechtfertigen? Man mache also vielmehr mit Stryk[77]) und Berger

73) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses Tit. 262. §. 2156. g. *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1045. Allein letzterer behauptet auch wieder an einem andern Orte das Gegentheil, nämlich Obs. 1159. S. auch *de* WINCKLER in Adversar. iur. iud. Obs. 3. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4409. in fin. und MALBLANC in Dig. h. t. §. 227.

74) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

75) Man sehe, was ich davon schon an einem andern Orte dieses 3. Theils S. 23. f. gesagt habe.

76) Denn den obrigkeitlichen Personen in den Municipalstädten stand die Hülfsvollstreckung anders nicht, als mit Vorwissen des Präses der Provinz zu. *L. 11. Cod. de pignorib.*

77) in Usu Mod. Pandect. h. t. §. 9.

ger[78]) einen Unterschied, ob durch ausdrückliche Landesgesetze, wie z. B. in Sachsen und in den Preußischen Staaten[79]) verordnet worden, daß es bey dem Besitz unbeweglicher Güter, in Absicht auf Befreyung von der Caution, nicht auf die Lage derselben ankommen, sondern genug seyn solle, wenn sie nur innerhalb des Landes, wo der Proceß geführt wird, liegen; oder ob eine solche Landesverordnung nicht vorhanden ist. So wie nun in dem ersten Falle die Sache außer Zweifel ist, so ist hingegen in dem andern wieder darauf zu sehen, ob der Rechtsstreit bey dem höchsten Landesjustizcollegium anhängig ist, welches im Namen des Landesherrn spricht, und unter welchem die übrigen Richter und Obrigkeiten stehen, in deren Gerichtsbezirk die unbeweglichen Güter derjenigen Parthey, von welcher Caution gefordert wird, gelegen sind, oder ob der Proceß bey einer untern Instanz geführt wird. Im erstern Falle ist es zur Befreyung von der Caution hinreichend, wenn die unbeweglichen Güter nur in demselben Lande, wenn gleich an einem andern Orte, als wo der Proceß geführt wird, liegen; im letztern Falle aber erfordert man heutiges Tages, daß die Parthey, welche mit der Sicherheitsbestellung verschonet werden will, mit unbeweglichen Gütern unter dem Gerichtszwange des Richters angesessen sey, vor welchem der Rechts-

streit

78) in Supplement. ad Electa disceptat. forens. P. I. Tit. XII. et XIII. ad Obs. 3. pag. 153.

79) Allgem. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 21. §. 2. S. 487. Nr. 2.

streit hänget[80]), weil nur unter diesen Umständen der obsiegende Theil leichte und schleunige Hülfe erwarten kann[81]).

§. 249.

Caution muß gefordert werden.

Uebrigens gehören Cautionsleistungen im Prozeß zu den Rechten der Partheyen. Der Richter kann daher der Regel nach nicht von Amtswegen, sondern nur aufgerufen von einem der streitenden Theile, welchem daran gelegen ist, auf Sicherheitsbestellung erkennen[82]). Denn es ist eine bekannte Regel: *quod iudex officium suum in causis civilibus non impertiatur, nisi imploratus*[83]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn die Caution eine solche ist, aus deren Vernachläßigung eine unheilbare Nichtigkeit in Absicht auf das ganze Prozeßverfahren entstehen würde. Von dieser Art ist die Sicherheit wegen der Genehmhaltung (cautio de rato), welche daher der Richter von Amts-

80) Ganz richtig sagt daher SCHAUMBURG in Compendio iuris Digestor. h. t. §. 10. *Bona immobilia* EXTRA DISTRICTUM IURISDICTIONIS *sita, cautionis necessitatem non perimunt, nisi lis* CORAM PRINCIPE *pendeat, vel* SPECIALIS LEX *adsit.*

81) S. *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1159. AYRER cit. Diss. de cautione a bonor. immobil. possessore non exigenda. Cap. III. §. 9. und Grolmanns Theorie §. 157. S. 298.

82) *L. 1. §. 9. D. Ut legator. seu fideicom. servand. caus. caveat. Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de iudice procedente ex officio in processu civili. (*Halae* 1712.) Cap. I. §. 8. pag. 13.

83) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 142. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 1 Band Nr. X. §. 1.

Amtswegen anbefehlen kann [84]). 2) Wenn die Parthey, welche die Caution fordern kann, eine in den Gesetzen besonders begünstigte Person ist, für deren Bestes der Richter von Amtswegen zu sorgen hat. Dieses ist der Fall bey Minderjährigen und solchen Personen, die den Minderjährigen gleich geachtet werden, z. B. milden Stiftungen, Kirchen, Schulen, Städten, Gemeinheiten u. dgl. Hier ist es eine unstreitige Pflicht des Richters, dem Gegner solcher Personen, da wo es die Nothdurft und das Beste derselben erfordert, auch ohne ihr geäußertes Verlangen, Sicherheitsleistungen aufzulegen [85]),

84) Martini Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. a. E. S. 416. Gönner a. a. O. §. 7.

85) BOEHMER cit. Dissertat. Cap. II. §. 9. Gönner a. a. O. §. 38.

Lib.

Lib. II. Tit. IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

---

§. 250.

Besondere Art der Cautionsleistung bey Noxalklagen.

Wenn bey den Römern ein Herr aus einem Privat-Delict seines Sklavens actione noxali belangt wurde, so mußte er dem Kläger Caution bestellen, *se servum in eadem causa exhibiturum, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur* [86]). Der Zweck hiervon war, durch diese Caution vorzubeugen, daß nicht der Beklagte durch eine etwa vor der Litiscontestation unternommene Veräußerung oder noxae deditio des Sklavens die Lage des Klägers und seiner Rechte verschlimmern, oder deren Ausführung beschwerlicher machen möge [87]) Denn durch die bloße in ius vocatio ward der Sklave noch nicht streitig. Erst die Litiscontestation brachte den effectum litigiosi hervor, wie oben (§. 236. b.) gezeigt worden ist. Folglich konnte der Sklave bis dahin noch verkauft, oder einem andern, der auch durch denselben beschädiget worden, an Zahlungsstatt übergeben werden. Allein dieß war für den Kläger sehr nachtheilig, denn nun mußte er die Sache, nach der Regel: noxalis actio caput sequitur, mit dem neuen Herrn und Besitzer des Sklavens ausmachen [88]). Nach der

86) *L. 1. D. h. t.*

87) *L. 1. §. 1. D. h. t.* IN EADEM CAUSA SISTERE videtur, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius.

88) *§. 5. I. de noxalibus action.*

der Litiscontestation hingegen hatte der Kläger nichts mehr zu befürchten. Denn wenn der Beklagte auch nun aufhörte, den Sklaven zu besitzen, so hatte die Klage doch ihren Fortgang, der Beklagte wurde nunmehr zur Ersetzung des Schadens schlechthin verurtheilt, und er hatte sich es selbst zuzuschreiben, daß er sich um die Erlaubniß gebracht, den Sklaven zum Ersatz des Schadens hinzugeben[89]). Wenn der Herr nach geleisteter Caution den Sklaven freyließ, so schien die Lage des Klägers dadurch nicht verschlimmert zu seyn[90]), weil nun die actio directa gegen den Freygelassenen angestellt werden konnte[91]). Denn wenn gleich Sklaven nach erfolgter Freylassung derselben aus ihren vormaligen Contracten nicht weiter belangt werden konnten, so blieben sie doch aus ihren Verbrechen verbindlich[92]). Jedoch hat alles dieß heutiges Tages keinen Gebrauch mehr. Wer indessen mehr von dieser Caution wissen will, der lese Anton Schulting[93]) und besonders Gregor Majansius[94]).

89) *L. 37. et 38. pr. D. de noxal. actionib.* In der *L. 38.* lesen einige ältere Ausgaben für sublaturum, *subiturum.* Aber unrichtig. Denn *sufferre litis aestimationem* statt praestare ist eine ganz bekannte, besonders dem Ulpian gewöhnliche Redensart, wie aus *L. 17. §. 4. D. de iniur. L. 17. §. 18. L. 23. §. 8. D. de aedil. edict. L. 21. §. 2. D. de evict* erhellet. Siehe *Car. Andr.* DUKER in Not. ad Opuscula de latinitate vet. ICtor. pag. 359. et BRISSONIUS de Verbor. Signific. voc. *sufferre.*

90) *L. pen. in fin. D. h. t.*

91) *§. 5. Inst. de noxal. act.*

92) *L. 14. D. de obligat. et action.*

93) in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t.

94) in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corpore. (*Genevae 1764. 4.*) Tom. II. pag. 265. sqq.

Lib. II. Tit. X

De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat.

§. 251.

Mancherley Rechtsmittel, wenn eine Parthey durch eines andern Bosheit ist abgehalten worden, vor Gericht zu erscheinen.

Wenn der Beklagte, seiner geleisteten Caution zu Folge, sich zur bestimmten Zeit vor Gericht nicht stellete, so war entweder ein Ungehorsam desselben die Ursache seines Aussenbleibens, oder es war Bosheit eines andern [95]), der ihn verhindert hatte, sich gehörig zu stellen. Der erstere Fall gehört zum folgenden Titel, letzterer aber hierher. Der Beklagte konnte nun entweder aus Bosheit und Chikane des Klägers selbst, oder aus Arglist und Gefährde eines Dritten seyn abgehalten worden, zu erscheinen. Im ersten Falle konnte sich der Beklagte mit der exceptio doli schützen, wenn etwa der Kläger gegen ihn ex stipulatu auf die Bezahlung der Strafe klagte [96]).

 Im

94) Worin dieser *dolus* besteht, lehrt *L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.* Fecisse autem DOLO MALO non tantum is putatur, qui suis manibus, vel per suos retinuerit; verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne iudicio sistat, sive scientes, sive ignorantes, quid esset, quod committeretur. — DOLUM MALUM etiam accipimus, ut si quis venienti ad iudicium aliquid pronunciaverit triste, propter quod is necesse habuerit, ad iudicium non venire, teneatur Edicto.

96) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

Im andern Falle hingegen konnte er gegen den Dritten auf das Interesse klagen[97]). Eine Exception konnte deshalb dem Kläger darum nicht entgegen gesetzt werden, weil ihm der dolus eines Dritten nicht schaden konnte[98]). Hatte jemand aus Gefährde den Kläger abgehalten, vor Gericht zu erscheinen, und hierdurch verursacht, daß die gesetzliche Verjährungszeit unterdessen abgelaufen[99]) war, so kam es ebenfalls darauf an, ob er durch den Dolus des Beklagten oder eines Dritten war verhindert worden. Im erstern Falle konnte sich der Kläger, wenn ihm die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt wurde, mit der replica doli helfen. Im andern Falle hingegen klagte er gegen den Dritten actione in factum auf das Interesse[100]). Nach Ablauf eines Jahres hatte jedoch diese Klage nicht mehr statt[1]). War der Dritte nicht vermögend, den Schaden zu ersetzen, so stellte der Prätor, der Billigkeit wegen, die erloschene Klage wieder her, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur, wie Ulpian[2]) sich ausdrückt. Der Kläger stellte nun gegen den

97) *L. ult. §. 2. D. h. t. L. 3. D. si quis caut. in iud. sist. caus. fact.*

98) Alienus enim dolus nocere alteri non debet. *L. 26. §. fin. D. de noxal. action. L. 11. pr. D. de doli mali et met. except.*

99) Denn nicht durch die in ius vocatio, sondern erst durch die Litiscontestation wurde die Klage perpetuirlich. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. LXX. err. 6.

100) *L. 3. pr. D. h. t.*

1) *L. 1. §. ult. D. eod.*

2) *L. 3. §. 1. eod.* Man vergleiche hier *Ant.* FABER de erroribus pragmaticor. Decad. LXX. err. 4.

den Beklagten die actio restitutoria an, welche, wie Anton. Faber gegen Accursius erwiesen [3]), eine actio utilis war. Uebrigens unterscheidet sich die in diesem Titel enthaltene Klage von derjenigen, welche vermöge des oben erklärten Tit. VII. gegen einen solchen angestellt wurde, qui in ius vocatum vi exemit, darin, daß sie von Seiten desjenigen, welcher sie anstellte, eine bloße actio rei persecutoria war, welche nur auf den Ersatz des wirklich erlittenen Verlusts (quod revera amiserit actor) gieng [4]), und sowohl vom Beklagten, als dem Kläger angestellet werden konnte. Wenn daher der Beklagte dem Kläger eine Summe von Hundert schuldig war, der Bürge aber auf den Fall, da der Beklagte sich vor Gericht nicht stellen würde, nur für Funfzig zu stehen versprochen hatte, so konnte gegen den Dritten, der den Beklagten aus Gefährde abhielt, zu erscheinen, doch auf eine Summe von Hundert, als so viel der Beklagte dem Kläger erweißlich schuldig war, geklagt werden [5]). Nur in Ansehung desjenigen, dessen Bosheit bestraft werden sollte, war sie gewissermassen eine Pönalklage [6]). Daher mußte auch jeder für das Ganze haften, wenn mehrere an den Dolus Antheil genommen hatten, hatte jedoch einer den Kläger befriediget, so waren die übrigen von

 ihrer

3) Cit. libr. Decad. LXX. err. 5.

4) *L. 3. pr. D. h. t.* S. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 12. I. de actionib.

5) *L. 3. §. 4. D. h. t.*

6) *L. 1.* pr. et §. 4. *D. h. t.* *Ger.* NOODT in Comm. ad h. tit. circ. fin. Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 20. et Tit. 12. §. 6.

ihrer Verbindlichkeit befreyet [7]). Allein die Klage aus dem Tit. VII. war eine pure Pönalklage, die nur der Kläger gegen den Exemtor anstellen konnte, und auch dann statt hatte, wenn gleich desselben Forderung an den Beklagten ganz ungegründet war [8]). Den Grund dieses Unterschiedes setzt Janus a Costa [9]) darin, weil durch die letztere Klage zugleich die durch die Exemtion des Beklagten beleidigte Majestät des Prätors habe geahndet werden sollen; allein in dem Falle, in welchem die Klage aus diesem Titel angestellet worden, sey die Beleidigung bloß dem Judex Pedaneus wiederfahren, der nur eine Privatperson war. Ob dieser Grund befriedigend seyn dürfte, zweifle ich sehr. Denn die Verbindung dieses Titels mit den vorhergehenden lehrt deutlich, daß solcher noch zur Materie von der in ius vocatio gehört, wodurch der Beklagte vor den Prätor gefordert wurde. Mithin ist auch hier, wie oben Tit. VII. der Fall vorauszusetzen, daß man abgehalten worden sey, vor dem Prätor zu erscheinen. Die Worte *in iudicio*, welche in der Ueberschrift dieses Titels vorkommen, beweißen nicht das Gegentheil. Es läßt sich auch aus der in den Gesetzen desselben öfters vorkommenden Redensart *iudicio sisti* noch keineswegs schließen, daß die Citation vor dem Judex Pedaneus geschehen sey. Denn wenn gleich sonst in der Sprache unserer Gesetze das Wort *ius* für das Tribunal des Prätors genommen wird, *iudicium* aber denjenigen Ort bezeichnete, wo der den Partheyen bestellte

7) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

8) Man s. VOET h. t. §. 4.

9) a. a. Ort.

stellte Judex Pedaneus saß, und das streitige Factum untersuchte [10]); so sagte man doch niemahls in iure se sistere, sondern allemahl *iudicio se sistere*, *iudicio sisti*. Hierzu kommt, daß die Litiscontestation ehemals bey den Römern, nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten [11]), in iure, d. i. vor dem Prätor, geschahe. Denn der Prätor konnte nicht eher einen Judex bestellen, noch demselben eine Formel vorschreiben, als bis er gesehen, worin der eigentliche Status causae bestand, und was der Kläger, oder der Beklagte bei seiner Ausflucht zu erweisen hatte. Wie wäre also nun noch eine Verjährung der Klage möglich gewesen, nachdem die Sache einmal dem Judex Pedaneus war übertragen worden? Unstreitig glaubten die Römer, daß eine offenbare Gewalt, mit welcher man sich dem Kläger bey der in ius vocatio widersetzte, für die gerichtliche Rechtsverfolgung gefährlicher und daher auch straffälliger sey, als wenn man bloß durch List und Gefährde eine Parthey von der Erscheinung vor Gericht abhielt. Ueberdem war das Recht des Klägers, den Beklagten in ius zu vociren, in einer lege publica populi Romani gegründet. Wer also einen in ius Vocirten mit Gewalt aus des Klägers Händen entriß, gesetzt auch, daß der Kläger wegen mangelnden Klagegrundes privatim wirklich nichts dabey verlohr, hatte ihn doch eines öffentlichen Rechts beraubt, und war Ursache, daß der Kläger dasjenige Recht nun nicht behaupten konnte, was populi iussu zum gemeinen Besten aller römischen Bür-

 ger

10) S. den 1. Th. dieses Commentars S. 8.

11) *Gar. Cod.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri et hodierno Sect. I. §. 3. sqq.

ger war eingeführt worden. Eine solche Verletzung des gemeinen Rechts blieb daher immer eine sehr strafbare Handlung, wenn gleich der Kläger ein Chikaneur war, mithin derselbe durch die gewaltsame Befreyung des Beklagten aus seinen Händen, in seinem Privatrechte nicht den mindesten Verlust erlitten hatte. Allein ein ganz anderes Verhältniß war es, wenn jemand den Beklagten bloß aus Gefährde abhielt, vor Gericht zu erscheinen. Denn daß der Beklagte, seiner geleisteten Caution gemäß, vor Gericht erschien, gehörte blos zum ius privatum, weil nicht sowohl ein öffentliches Volksgesetz, als vielmehr die Verbindlichkeit zur Strafe des Ungehorsams ihn dazu nöthigte. Ganz natürlich war es also, daß der Kläger gegen denjenigen, der an dem Aussenbleiben des Beklagten Schuld war, nur in so ferne klagen konnte, als er wirklich ein Interesse dabey hatte [12]. Daß man noch heutiges Tages auf das Interesse klagen könne, wenn mich ein Dritter aus Vorsatz und Gefährde abgehalten, vor Gericht zu erscheinen, und ich dadurch Schaden gelitten habe, ist wohl ausser Zweifel, da indessen nach dem neuern römischen und heutigen Rechte schon durch die gerichtliche Citation eine jede Verjährung unterbrochen wird, (§. 236. a. S. 394.) so wird die Klage freylich selten vorkommen [13].

12) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. seu Exercitation. ad ius civile lib. II. cap. 9. in *Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1430.

13) *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4.

Lib.

Lib. II. Tit. XI.

Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

§. 252.

Eingeschränkter Inhalt dieses Titels in Absicht auf die Gesetze der Pandecten. Begriff des Ungehorsams.

Wurde der Beklagte von Niemand gehindert, sich vor Gericht zu stellen, und er erschien, seiner geleisteten Caution gemäß, dennoch nicht, da er doch erscheinen konnte und sollte, so hieß dieses bei den Alten *vadimonium deserere* 14). Allein Tribonian braucht hier diesen Ausdruck nicht. Die Ursache ist, weil die cautio de iudicio sisti zu seinen Zeiten nicht bloß durch Bürgen (datis vadibus) sondern auch durch Eid, oder bloßes Versprechen geleistet wurde. Daher schien ihm jener Ausdruck nicht mehr passend zu seyn, sondern er sagt statt desselben *cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperare*, oder: *promissionem deserere iudicio sistendi causa factam* 15). Die Folge dieses Ungehorsams war, daß der Kläger nicht nur actione ex stipulatu gegen den Beklagten oder desselben Bürgen auf

Ji 5 die

14) CICERO *in Catilin. II. cap. 4.* SENECA *de Benefic.* lib. IV. cap. 39. Man vergleiche vorzüglich *Ant. Henr. van* HEES Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante Lit. contest. fiebant. Cap. IV. §. 48. et 49. und *Bav.* VOORDA Diss. de vadimonio Cap. IV. per tot.

15) *L. 4. §. 4. D. h. t. L. ult. D. Qui satisd. cog.* Daß diese Stellen interpolirt sind, bemerkt auch VOORDA in der angef. Dissertat. Cap. I. §. 4.

die versprochene Geldstrafe, welche jedoch die gesetzmäßige Summe nicht übersteigen durfte [16]), oder wenn eine solche Strafe nicht war versprochen worden, auf das Interesse klagen konnte [17]), bey dessen Bestimmung lediglich auf die Zeit zu sehen war, da der Beklagte sich hätte stellen sollen [18]); sondern der Kläger konnte auch, wenn der Beklagte sich ver-

16) *L. 4. §. ult. D. Si quis caut.* Worin diese gesetzmäßige Quantität der stipulirten Geldstrafe bestanden, bestimmt das angeführte Gesetz nicht. CUJACIUS Observat. lib. X. cap. 10. NOODT in Commentar. ad h. Tit. §. 1. und SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 2. glauben, daß sie bis auf das Duplum erlaubt gewesen sey. Allein ohne Beweis. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad h. Tit. meint zwar, diesen Mangel durch die Bestimmung der *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest,* ergänzen zu können. Allein wie läßt sich ein Fragment des Ulpian aus einer weit neuern Verordnung des Kaisers Justinian erklären? Die gesetzmäßige Quantität scheint vielmehr diejenige gewesen zu seyn, welche dem Interesse des Klägers gemäß war, sie mochte das duplum, triplum oder quadruplum enthalten, si tanti res esset. Dieß erhellet aus der *L. 2. §. 5. L. 3. D. qui satisdare cog.* und der *L. ult. D. si quis in ius voc. non ierit.* Man vergleiche *van* HEES cit. Diss. §. 48. und VOORDA in der angef. Differt. Cap. IV. §. 3.

17) *L. 2. §. ult. D. qui satisd. cog.*

18) *L. 12. §. 1. D. h. t.* Wenn Paulus sagt: Illud tenendum est, quod *aestimationem* eius, quod interfit agentis, ad illud tempus *referendum est*, quo fisti debuit etc. statt aestimatio referenda est, so ist dieß ein Graecismus, der nicht nur bey den Röm. Rechtsgelehrten, sondern auch bey den Classikern sehr gewöhnlich ist, wie *Val. Guil.* FORSTER Observation. succisivar. lib. I. cap. 1. in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* T. II. p. 905. aus vielen Beyspielen erwiesen hat. Man sehe auch VOORDA dict. Diss. Cap. IV. §. 3. in FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua* T. II. p. 47.

versteckt hielt, und Niemand ihn vor Gericht vertheidigte, die Immission in den Besitz seiner Güter erhalten [19]). Ob der Gläubiger gerade erst nach dreyßig Tagen um diese Immission habe ansuchen dürfen, wie Noodt [20]) behaupten will, ist unerweißlich. Es läßt sich vielmehr aus einer Stelle des Cicero [21]) mit größerer Wahrscheinlichkeit schließen, daß der Kläger, wenn er wollte, gleich post desertum á reo vadimonium die gedachte Mission habe erlangen können [22]). Hieraus erhellet, daß in den Gesetzen dieses Titels bloß von dem Ungehorsam des Beklagten vor der Litiscontestation die Rede ist. Denn wenn ein streitender Theil, es sey der Kläger oder der Beklagte, nach der Litiscontestation ungehorsam sich bezeigte, und den Rechtsstreit ganz liegen ließ, so hieß dieses *Eremodicium contrahere* [23]), und eine solche contumacia wurde, wie Hermogenian [24]) sagt, *litis damno* bestraft. Es ist dieß jedoch nicht gerade von dem Verlust des ganzen Processes zu verstehen. Denn wenn auch der Beklagte auf wiederholte Vorladung nicht erschien, so hatte der Proceß, dessen ohngeachtet, seinen Fortgang, und

19) *L. 2. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Dieses Fragment ist mit der oben angeführten *L. 2. D. qui satisd. cog.* aus einem Buch des Ulpians *libro 5. ad Edictum* genommen.

20) in Commentar. ad Dig. h. t.

21) Orat. *pro P. Quintio* cap. 6.

22) *van* HEES cit. Diss. §. 48.

23) *L. 7. §. ult. D. de minorib. L. 13. D. iudicat. solvi. L. 13. §. 3. et 4. C. de iudic. Nov. LXIX. c. 3. iunct. L. 31. §. 2. D. de negot. gest. L. 54. §. 1. D. de re iudic. L. 11. D. iudic. solv.* S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris epitomar. Libros VI. Tom. I. pag. 240. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 9.

24) *L. 53. pr. D. de re iudicat.*

und fand der Richter bey Untersuchung der Sache, daß der Kläger kein gegründetes Recht hatte, so mußte dennoch für den abwesenden Beklagten gesprochen werden [25]). Es ist also vielmehr unter dem *damno litis* ein Ersatz der Kosten des Processes zu verstehen, welche in einem solchen Falle der Ungehorsame, wenn er auch gleich obgesiegt hatte, dennoch billig tragen mußte, wie Joseph Finestres [26]) sehr gründlich erwiesen hat [27]). Von einem solchen Ungehorsam, den eine Parthey nach der Litiscontestation begeht, wird also an ganz andern Orten der Pandecten, nämlich in den Titeln de iudiciis (*lib. V. Tit.* 1.) und de re iudicata (*Lib. XLII. Tit.* 1.) gehandelt. Unser Autor hat indessen die Materie von dem Ungehorsam der Partheyen im Proceß hier in ihrem ganzen Umfange abzuhandeln für gut befunden, und dabey hauptsächlich auf das heutige Recht Rücksicht genommen. Ungehorsam [28]) (contumacia) heißt im Pro-

25) *L. 73. D. de iudiciis.*

26) in Hermogenian. ad L. 53. D. de re iudicat. Tom. I. pag. 320. et sqq.

27) Hiermit stimmt auch WESTENBERG in Digest. h. t. §. 9. überein.

28) Vergl. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Tr. de processu unilaterali cumprimis contumaciali. *Tubing.* 1748. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de contumacia non respondentis. *Halae* 1717. *Io. Aug.* REUSS de contumacia ad praxin Senatus imperialis aulici. *Stuttgardiae* 1782. Schmelzers Contumazial-Proceß der höchsten Reichsgerichte. Göttingen 1792. 8. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1. Band Nr. XXI. (der zweyten Auflage Erlangen 1804. S. 437. ff.) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses 2. Th. 2. Hauptst. S. 700. ff. der gönnerschen Ausgabe. Grolmanns

Proceß jede Nichtbeobachtung dessen, was in Rücksicht eines Rechtsstreits, einer richterlichen oder gesetzlichen Verfügung zu Folge, in bestimmter Zeit und Form hätte geschehen oder unterbleiben sollen. Nach diesem Begriff macht sich also

1) jede Haupt- oder Neben-Person, welcher bey einem Prozeß eine Handlung, sie sey eine commissiv- oder omissiv-Handlung, obliegt, eines Ungehorsams schuldig, wenn sie diese Verpflichtung entweder gar nicht, oder doch nicht gehörig erfüllt [29]) Ein Ungehorsam wird daher nicht bloß von den streitenden Partheyen begangen, sondern auch von einem Zeugen, oder von einem Dritten, dem die Edition einer Urkunde obliegt.

2) Sie setzt jedoch voraus, daß dem Ungehorsamen eine rechtmäßige Auflage geschehen sey, es sey nun unmittelbar vom Gesetz, oder durch richterlichen Befehl geschehen.

3) Es muß, zur Befolgung derselben, eine Zeit bestimmt, und diese gänzlich verstrichen seyn. Eine solche Zeitbestimmung ist bey den gerichtlichen Verhandlungen im Prozeß unumgänglich nöthig, um Ewigkeit der Prozesse zu verhüten.

4) Die Nichtbefolgung muß sich entweder aus einem Verzicht in Absicht auf die unterlassene Handlung erklären lassen, oder Zurechnung zur Schuld, es sey nun Dolus, oder Culpa, zum Grunde haben [30]).

Wenn

manns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 130. *Christph. Reinh. Theod.* MARTIN Prolus. de indole contumaciae in caussis civilibus contentiosis. *Goettingae* 1802. und Desselben Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 125. ff.

29) *L. 53. §. 3. D. de re iudicata.*

30) MEVIUS P. VIII. decis. 289. Pütter in den Rechtsfällen I. Band. 4. Th. Resp. CLXXIV. n. 23. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 741.

Wenn Hermogenian [31]) sagt: *contumax* est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litterisve vocatus, praesentiam sui facere contemnit; so bezieht sich dieser Begriff, wie schon oben bemerkt worden, auf den Ungehorsam, welchen der Beklagte nach der Litiscontestation beging. In solchem Falle mußte demselben, wenn er auf wiederholte Vorladung nicht erschien, schriftlich angedeutet werden, daß bey fernerem Aussenbleiben, Untersuchung und Erkenntniß über die Klage seiner Abwesenheit ohnerachtet erfolgen werde. Ein solcher obrigkeitlicher Befehl hieß *Edictum peremtorium*, und hat, wie Ulpian [32]) bemerkt, seinen Namen daher erhalten, quod perimeret disceptationem; hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari. Wie vielmal der Beklagte vorgeladen werden müsse, ehe der Kläger ein edictum peremtorium auswirken konnte, hieng zwar, wie ebenfalls Ulpian [33]) bezeugt, von dem Ermessen des Magistrats ab, gewöhnlich aber war die dritte Ladung peremtorisch, hatte jedoch der Prätor gleich der ersten Ladung die Clausel eines peremtorischen Edicts beygefügt, so nennte man ein solches *unum pro tribus*, oder, wie Ulpian [34]) sagt, *unum pro omnibus* [35]). Da endlich nach der formularischen Proceßart der Römer bey den gerichtlichen Verhandlungen die Gegenwart der Partheyen in der Regel erfor-

31) *L. 53. §. 1. D. de re iudic.*

32) *L. 70. D. de iudiciis.*

33) *L. 72. D. de iudiciis.* Man vergleiche was oben §. 235. Not. 84. S. 389. davon vorgekommen ist.

34) *Leg. cit.*

35) S. FINESTRES in Hermogenian. ad §. 1. L. 53. D. de re iudicat. pag. 331—334.

forderlich war, und zu dem Ende jede Parthey vom Präco in der Ordnung aufgerufen wurde [36]); so erklärt sich daraus, warum Hermogenian in seinem Begriff vom Ungehorsam bloß des Nichterscheinens gedacht hat. Es ist demnach dieser Begriff dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht mehr angemessen [37]).

§. 253.

Eintheilungen des Gehorsams.

Man theilt den Ungehorsam der Partheyen

I) in den wahren und eigentlichen (*contumacia proprie sic dicta*) und in den uneigentlichen (*contumacia impropria*) ein. Jener besteht in einer imputabeln Nichtbefolgung solcher Verfügungen, welche eine unbedingte Verbindlichkeit zur Folgeleistung erfordern, sie haben nun entweder einer Parthey selbst, wie z. B. bey rechtskräftigen Erkenntnissen, oder einem Dritten, wie bey Zeugenaussagen, obgelegen. Dieser hingegen in einer bloßen Unterlassung einer solchen Handlung, bey welcher, ohne jene unbedingte Verbindlichkeit, blos eine Verzichtleistung auf das Recht oder die Vortheile angenommen wird, welche durch die Beobachtung der auferlegten oder nachgelassenen Verhandlung möglicher Weise erlangt werden konnten.

II) In den wahren (*contumacia vera*) und den vermutheten (*contumacia praesumta*). Wenn nämlich gewiß

36) *L. 7. D. de restitut. in integr.* PLAUTUS in *Curcul.* Act. I. Sc. III. v. 5. seqq. HOTOMANNUS ad Ciceron. in Verrem lib. II. cap. 17. VOORDA Diss. de vadimonio Cap. IV. §. 1.

37) S. *Iac. Gottl.* SIEBER in Comment. de contumaciae ante Lit. Contest. in causis civil. a reo commissae effectibus. *Goett.* 1757. 4. §. 1. pag. 3.

wiß und erwiesen ist, daß dasjenige, wozu der Ungehorsame binnen einer bestimmten Zeit in Rücksicht eines Rechtsstreits wirklich verpflichtet war, absichtlich oder aus einer imputablen Nachläßigkeit unterlassen worden sey, so ist dieses ein wahrer Ungehorsam; wird hingegen aus der Unterlassung einer Obliegenheit der Ungehorsam nach Vorschrift der Gesetze so lange vermuthet, bis überzeugende Beweise von dem Mangel aller Verschuldung beygebracht worden sind, so ist dieses ein vermutheter Ungehorsam. Den Gesetzen ist diese Eintheilung nicht unbekannt. Sie nennen die contumacia praesumta eine *quasi contumacia*, und sagen verschiedentlich, daß jemand als *quasi contumax* verurtheilt werden könne [38]). Der wahre Ungehorsam ist wieder entweder ein vorsetzlicher oder nur ein verschuldeter Ungehorsam, je nachdem derselbe entweder offenbare Bosheit, oder eine bloße Nachläßigkeit zum Grunde hat. Wenn z. B. der Vorgeladene geradezu erklärt, daß er den richterlichen Befehl nicht befolgen wolle, so ist dieses ein böslicher, ein vorsätzlicher Ungehorsam [39]). Ist der Ungehorsam einer Parthey ein nicht vorsätzlicher, nur verschuldeter Ungehorsam, so entstehet die Frage, ob es dabey auf den Grad der Nachläßigkeit ankomme? Verschiedene Rechtsgelehrten [40]) wollen

38) *L. 8. D. de minorib. XXV. ann.* PAULUS *Recept. Sentent.* lib. VI. Tit. 5. §. 7.

39) *L. 199. D. de Reg. iur.* LUDOLF Symphor. decif. et confultat. T. II. Nr. XIX. p. 919. B. Danz Grdf. §. 469. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4413.

40) PUFFENDORF in Obfervat. iur. univ. Tom. I. Obf. 31. §. 1. *Io. Pet. de* LUDEWIG Diff. de purgatione contumaciae in proceffu. (*Halae* 1733.) Cap. I. §. 4. et 6.

len dieses behaupten; sie meinen, daß, ausser dem bösen Vorsatz, nur einer groben Nachläßigkeit wegen die Strafe des Ungehorsams statt finden könne, weil nur eine lata culpa dem dolus gleich zu achten sey [41]). Allein besser stimmt die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [42]) mit der Analogie des Rechts überein, welche behaupten, daß solche Strafen des Ungehorsams, welche der Gegentheil um seines Interesse willen gegen den Ungehorsamen gerichtlich zu verfolgen berechtiget ist, auch wegen einer geringen Nachläßigkeit erkannt werden können. Denn wer durch eigene Schuld Schaden leidet, ist nicht zu bedauern, und findet von Seiten der Gesetze keine Hülfe [43]). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn der Ungehorsame noch minderjährig seyn sollte; denn diesem kommt die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zwar nicht gegen einen böslichen [44]), aber doch gegen einen verschuldeten Ungehorsam zu statten [45]). Diesem ist nicht entgegen, wenn Javolen [46]) *libro sexto Epistolarum* schreibt: Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Denn, daß dieser Ausspruch nicht von einem jeden Ungehorsam, sondern nur von

41) *L. 226. D. de Verb. Signific. L. 1. §. 1. D. Si mens. fals. mod. dixer. L. 29. pr. D. mandati. L. 1. §. 1. D. Si quis testam. liber esse iussus fuerit.*

42) SIEBERI Commentat. cit. de contumaciae ante L. C. a reo commissae effectibus. §. 3.

43) *L. 203. D. de Reg. Iur.*

44) *L. 9. §. 2. D. de minoribus.*

45) *L. 8. D. eodem.* Ueber diese Stelle verdient FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. pag. 239. sqq. nachgelesen zu werden.

46) *L. 199. D. de reg. iuris.*

von einem jeden Ungehorsam, sondern nur von einem solchen zu verstehen sey, der gegen obrigkeitliche Verfügungen, welche bey den Römern vi imperii geschahen, ist begangen worden, z. B. wenn jemand denjenigen, welcher ex decreto Praetoris die Immission erhalten, nicht in den Besitz der Sache lassen wollte, oder wenn der Beklagte sich der Execution widersetzte, haben schon Gothofredus[47]), Pacius[48]) und Julius van Beyma[49]) bemerkt. Uebrigens besteht der Unterschied zwischen einem wahren und vermutheten Ungehorsam vorzüglich darin, daß letzterer sich durch rechtmäßige Entschuldigungen aus dem Wege räumen läßt, auch, wenn etwas widriges deshalb erkannt worden ist, Suspensiv-Mittel statt finden[50]), welche hingegen bey einem wahren Ungehorsam wegfallen[51]). Es versteht sich indessen, daß

47) in Commentar. in tit. Pandectar. de diversis regulis iuris antiqui ad dict. L. 199. pag. 154.

48) Εναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. II. Quaest. 93.

49) in Commentar. in Tit. D. de Verbor. Significat. et de divers. reg. iuris antiqui ad dict. L. 199. pag. 401.

50) MEVIUS in Decision. T. I. P. V. Decis. 179. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. IX. Hauptst. §. 295.

51) *L. 73. §. ult. L. 75. D. de iudiciis. L. 23. §. 3. D. de appellat. L. 1. Cod. quorum appellat. non recip. L. 13. §. 4. Cod. de iudiciis.* Hieraus ist auch *L. 31. §. 2. D. de negot. gest.* zu erklären, in welcher ein Defensor entschuldiget wird, daß er gegen die Sentenz, welche wider den ungehorsamlich ausgebliebenen Beklagten ergangen, kein Rechtsmittel eingewandt; gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein wahrer Ungehorsam das Rechtsmittel der Appellation ausschließt, mithin durch Unterlassung derselben vom Defensor wirklich nichts war versehen worden. Man sehe *Ios.* FINEST-RES

daß wider den Ungehorsamen ordnungsmäßig müsse verfahren und erkannt worden seyn. Denn wegen gegründeter Beschwerden über das Verfahren des Richters kann auch dem Ungehorsamen die Appellation nicht abgeschlagen werden [52]). Nächstdem aber darf auch die Strafe des Ungehorsams nie weiter, als auf diejenige Handlung erstreckt werden, welche der Ungehorsame, der ihm geschehenen richterlichen Auflage gemäß, zu verrichten unterlassen hat. In andern Theilen des Prozesses und gerichtlichen Verhandlungen, bey welchen kein Ungehorsam begangen worden ist, stehet daher dem Ungehorsamen allerdings das Rechtsmittel der Appellation zu [53]).

RES in Hermogen. Tom. I. ad L. 53. pr. D. de re iudic. §. 19. pag. 330. *Casp. Henr.* HORN Diss. de contumace non appellante. MEVIUS P. V. Decis. 224. not. 8. WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 374. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 81. n. 8. CANNGIESSER Decis. Hass. Cassel. T. I. Decis. XXXV. n. 5.

52) MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 427. welcher sagt: *Ita quidem est, quod contumax non appellat, aut appellans non auditur, at ita, si etiam contra contumaciam iustus observatur processus, eoque mediante condemnatur. In quo excessus aut defectus appellationi locum facit.*

53) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo comm. effectib. §. 24. Ibi: *Observandum tamen est, hanc contumaciae poenam ad eum tantum actum, quem reus omisit, cuiusque causa contumax est, pertinere; adeoque, si spectes reliquas processus partes, omnino eius appellationem audiendam esse, propterea quod in iis nullam commisit contumaciam.*

§. 254.

Wenn eher tritt der Ungehorsam einer Parthey ein? Was ist die Folge dieses Ungehorsams?

Bey der Frage, wenn ehe der Ungehorsam eintrete? kömmt es zuvörderst auf die Zeit, oder den Termin an, welcher dem Ungehorsamen zur Besorgung der ihm auferlegten, aber von ihm unterlassenen gerichtlichen Handlung gesetzt war. Diese Zeit kann entweder ein bestimmter Tag seyn, an welchem, und sonst an keinem andern, der Auflage ein Genüge geleistet werden sollte, welches man eine Tagefährt, oder Termin im eigentlichen Verstande nennt, oder ein bestimmter Zeitraum, binnen welchen die auferlegte gerichtliche Handlung zu bewirken gewesen, welches man eine Frist oder Dilation in strenger Bedeutung nennt. Im erstern Falle tritt der Ungehorsam ein, sobald diejenige Zeit verstrichen ist, welche zu der Sitzung des Gerichts bestimmt ist [54]). Im andern Falle hingegen tritt der Ungehorsam alsdann erst ein, wenn die bestimmte Frist gänzlich verlaufen ist, ohne daß die auferlegte rechtliche Nothdurft verhandelt, noch um Verlängerung der Frist nachgesuchet worden. Wenn aber die Frage entsteht, ob und in wiefern die Folge des Ungehorsams ipso iure eintritt, oder eine Ungehorsamsbeschuldigung erfordert wird, so ist ein Unterschied zu machen, ob die nicht befolgte Auflage unmittelbar vom Gesetz oder vom Richter geschehen war. Im ersten Falle tritt die Folge des Ungehorsams von selbst ein, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf. In dem andern Falle hingegen war die Aufforderung entweder

54) *Cap. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2 Th. §. 127.

weder bloß monitorisch oder ercitatorisch. Im ersten Fall wird die Unterlassung der Handlung, zu welcher der Nichterschienene war aufgefordert worden, als ein Verzicht auf sie erklärt, und eine Ungehorsamsbeschuldigung ist also hier ebenfalls nicht nöthig. In dem andern Falle hingegen war die versäumte Frist entweder eine Nothfrist, welche die Präclusion zur unausbleiblichen Folge hat, oder nicht. Im ersten Falle ist mit Ablauf der Nothfrist auch das Recht, die unterlassene gerichtliche Handlung weiter vorzunehmen dergestalt verlohren, daß es dieserwegen nicht einmal einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf. Man denke z. B. an die Verabsäumung der Beweisfrist, ferner der zur Rechtfertigung der Appellation vorgeschriebenen Frist. Solche Nothfristen werden Fatalien genennt, von welchen ich im folgenden Titel ad §. 256. handeln werde. Im andern Falle hingegen muß der Ungehorsam von dem Gegentheil angeklagt werden, wenn die gedrohete Strafe desselben statt finden soll.

§. 255.

Strafen des Ungehorsams.

Fragt man nun, worin die rechtlichen Folgen des Ungehorsams, welche man nicht durchgehends adäquat Strafen zu nennen pflegt, bestehen, so lassen sich solche nicht ohne Unterschied aus der Idee eines Verzichts herleiten, da nicht nur jeder Kläger nach den Gesetzen [55]) verbunden ist, den angefangenen Rechtsstreit fortzusetzen; sondern auch dem

55) *Nov. CXII. cap. 3.* Es ergiebt sich dieses noch mehr theils aus der dem Kläger obliegenden cautio de lite prosequenda, theils aus der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrungsweise gegen denselben im Falle des Ungehorsams.

Beklagten, wenn er sich einmal dem Kläger entgegenstellt, eine gleiche Verbindlichkeit obliegt [56]). Die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams können vielmehr einen dreyfachen Grund haben; entweder 1) den, weil mit der Unterlassung der auferlegten gerichtlichen Handlung eine Verachtung des richterlichen Ansehens oder der gesetzlichen Verfügung verbunden ist, oder wenigstens dafür angenommen werden muß; oder 2) weil die Unterlassung der Handlung als ein Verzicht auf sie erklärt wird; oder 3) weil durch die Unterlassung dem Gegner, welcher vergeblich vor Gericht erschienen ist, unnöthige Kosten verursacht worden sind. Hiernach können nun also die nachtheiligen Folgen des Ungehorsams entweder 1) in einer öffentlichen Geld- oder Gefängnißstrafe bestehen, welche der Richter gegen den Ungehorsamen von Amtswegen verhängen kann. Dies ist der Fall a) bey einem vorsetzlichen Ungehorsam [57]); b) wenn sonst die Gesetze in einem gewissen Falle eine öffentliche Strafe ausdrücklich verordnet haben [58]). Die Folge des Ungehorsams kann 2) in der Aus-

56) Nur unter dieser Voraussetzung kann die Verordnung des Jüngsten Reichsabschiedes §. 36. gedacht werden; es sind auch die gegen den Beklagten im Falle des Ungehorsams anzuwendenden Zwangsmittel mit der Idee eines Verzichts durchaus unvereinbar.

57) *Cap. 28. pr. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Claproth in der angef. Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 128. S. 95.

58) Z. B. wenn der Beklagte nur gemeine verzögerliche Einreden vorgeschützt hat, ohne sich zugleich auf die Klage eventualiter einzulassen, und überdem die vorgebrachten Einreden unerheblich befunden werden; Jüngst. Reichsabsch. §. 37. 40.

Ausschliessung von der unterlassenen Handlung bestehen. Diese Folge kann eintreten, die nicht befolgte Auflage mag entweder bloß monitorisch oder arctatorisch gewesen seyn. Denn der Unterschied betrifft blos die Art der unterlassenen gerichtlichen Handlung. Die Folgen aber sind die nämlichen. Endlich 3) kann auch die Folge des Ungehorsams in der Erstattung der dem Gegentheile durch den Ungehorsam verursachten vergeblichen Kosten bestehen. Diese letzte Folge nennt man die allgemeine, die zweyte aber die besondere Strafe des Ungehorsams. Die allgemeine Strafe des Ungehorsams findet wegen eines jeden Ungehorsams statt, es mag von einem wahren oder vermutheten, von einem vorsetzlichen oder verschuldeten Ungehorsam die Rede seyn [59]. Sie setzt jedoch voraus, daß Kosten verursacht worden sind. Daher fällt sie bey einer bloß monitorischen Citation weg, weil durch Vernachläßigung derselben das Rechtsverfahren in seinem Laufe nicht gestört, sondern die Handlung, bey welcher der Aufgeforderte nicht erschienen ist, seines Aussenbleibens ungeachtet vorgenommen werden konnte. Die besondere Strafe des Ungehorsams tritt hingegen ein, 1) wenn einer peremtorischen Ladung keine Folge geschehen ist; 2) sie kann auch bey einer monitorischen Citation eintreten, weil auch hier der Vortheil verlohren gehet, welcher dem Versäumenden aus der unterlassenen Handlung möglicher Weise hätte erwachsen können. 3) Sie kann zuweilen ohne vorhergegangene Citation eintreten, wenn das Gesetz unmittelbar dem Versäumenden die Handlung auflegte.

Ich bemerke hierbey noch Folgendes: 1) die Strafen des Ungehorsams sind, wie alle Strafgesetze, strenge nach den

59) *Cap. 2. §. 6. X. de dolo et contum. Cap. 1. eod. in 6to.*

den Worten zu nehmen, und dürfen daher nie gegen die Vorschrift der Gesetze ausgedehnt werden [60]. 2) Sie können nur alsdann erkannt werden, wenn die Partheyen selbst ungehorsam sind. Denn betrifft die Sache Minderjährige, und überhaupt solche Personen, die ihre Geschäfte durch andere besorgen lassen müssen; so darf nach gemeinem Rechte in solchen Sachen nichts, was einen Nachtheil in der Hauptsache bewirken könnte, zur Strafe des Ungehorsams erkannt werden, sondern die Vormünder sind in die dem Gegentheil verursachte Kosten zu verurtheilen, und demnächst durch Gefängniß oder Geldstrafen, die sie aus eigenen Mitteln zu entrichten schuldig sind, zu der Befolgung der richterlichen Befehle anzuhalten [61]. 3) Auch der Ungehorsam eines Anwalts, der ohne Theilnahme des Principals begangen worden, kann der Parthey den Rechten nach nicht zur Strafe zugerechnet werden [62]. Es kann wenigstens dem Principal, wenn er ja nach der Strenge des Rechts einen Verlust erlitten hätte, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali mit Grunde nicht versagt werden [63]. Es ist auch der Principal seinem

60) *L. 1. L. 4. Cod. comminat. epistol. etc. auctoritat. rei iudic. non obtinere.* Claproth in der angef. Einleitung 2. Th. §. 128. S. 95.

61) *L. un. §. 2. D. Si quis ius dic. non obtemper. L. 13. §. 11. Cod. de iudic. L. 16. §. 1. et 2. Cod. de fide instrum.* Deputat. Absch. vom J. 1600. §. 95. Claproth a. a. O. S. 95. Gönners Handbuch 1. B. Nr. XXI. §. 15.

62) *L. 10. C. de Procurat.* Gönner a. a. O. S. 456. *Ita demum nocet contumacia procuratoris domino, si ipsemet scivit et neglexit,* sagt MEVIUS P. V. Decis. 179. not. 9.

63) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXI. nr. 9. sqq.

seinem Anwalt wegen der durch seinen Ungehorsam sich zugezogenen Kosten zu keinem Ersatz verbunden [64]). 4) Ob der Erbe die aus seines Erblassers Ungehorsam herrührende Kosten beym Processe zu bezahlen schuldig sey? ist eine Frage, die nicht auf einerley Art von den Rechtslehrern entschieden wird. Ein Theil spricht den Erben davon frey [65]), weil die Erstattung der Unkosten eine Strafe ist. Die Strafe aber ordentlicher Weise die Erben nicht treffen kann [66]). Dagegen wenden Andere ein, daß auch die Unkosten des Processes, welche der verlierende Theil tragen muß, unter die Strafen des verwegenen Litigirens gerechnet werden [67]). Soll nun von diesen der Erbe nicht befreyet seyn; warum von den Ungehorsamskosten? Noch andere Rechtsgelehrten unterscheiden, ob über den Ersatz der Contumarialkosten schon bey Lebzeiten des Ungehorsamen erkannt worden, oder nicht, sondern der Erblasser vor eröffneter Sentenz gestorben ist. Im erstern Falle sey der Erbe diese Kosten zu bezahlen verbunden, im letztern aber nicht [68]). Mich dünkt, es ließen sich diese verschiedenen Meinungen auf folgende Art wohl vereinigen, wenn man zwischen den **Ungehorsamskosten eines versäumten Termins,**

 und

64) *L. 46. §. 5. D. de procurator.* Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 854. nr. I.

65) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. Tit. 103. §. 854. Not. 2.

66) *§. 1. I. de perpet. et temporal. action. L. un. §. fin. D. Si quis ius dic.*

67) *§. 2. I. de poen. temere litigant. L. 13. et 16. Cod. de iudic. Cap. 4. X. de poenis.*

68) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXII. §. 3. Not. 4.

und den Ungehorsamskosten des Processes, welche der Ungehorsame, wenn er auch den Proceß gewinnt, zur Strafe tragen muß, einen Unterschied macht. Erstere ist der Erbe ohne allen Zweifel zu bezahlen schuldig, weil diese Unkosten keine eigentliche Strafe, sondern mehr ein Ersatz des Schadens und der vergeblichen Mühe sind, welche der verstorbene Ungehorsame verursachet hat. Daß aber der Erbe nach den Grundsätzen des canonischen Rechts verbunden sey, den von seinem Erblasser durch unerlaubte Handlungen verursachten Schaden aus der Erbschaft zu ersetzen, ist eine bekannte Rechtswahrheit [69]). So viel hingegen die Ungehorsamskosten des Processes anbetrifft, so sind solche nicht sowohl eine Ersetzung des Schadens, als vielmehr eine wahre Strafe. Da nun der Erbe Geldstrafen, welche der Erblasser seines Verbrechens wegen verwirkt hatte, in der Regel zu bezahlen nicht verbunden ist, wenn nicht etwa der Erblasser schon bey seinem Leben dazu verurtheilet worden [70]), so kommt es hier, wo von den Ungehorsamskosten des Processes die Rede ist, lediglich darauf an, ob der Ungehorsame noch vor eröffnetem richterlichen Urtheile gestorben, oder derselbe schon bey seinem Leben zum Ersatz dieser Kosten condemnirt worden, im erstern Falle kann der Erbe zu deren Bezahlung nicht angehalten werden; im letztern aber ist der Erbe solche, so weit die Verlassenschaft hierzu hinreicht, zu bezahlen allerdings verbunden [71]).

§. 256.

69) *Iust. Henn.* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. XVII. §. 137. *Tob. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 11.

70) *de* WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 15.

71) Der ehemalige Erlangische Rechtslehrer Herr von Braun hat hiervon eine eigene Abhandlung unter dem Titel: Ob der Erbe

§. 256.

Strafe des Ungehorsams 1) des Klägers vor der Litiscontestation.

Wenn nun weiter gefragt wird, worin die besondern Strafen des Ungehorsams in jedem einzelnen Falle bestehen? so ist ein Unterschied zu machen, ob der Ungehorsam vor oder nach der Litiscontestation begangen worden ist. Im erstern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Kläger oder ob der Beklagte ungehorsam ist [72]). Ist das erstere, so kann der Beklagte, wenn er zuvörderst den Ungehorsam des Klägers gehörig angeklagt hat, um eine Entbindung von der Instanz und den Ersatz der verursachten Kosten bitten [73]). Was diese Entbindung für Folgen habe, ist

Erbe wegen des Erblassers Ungehorsam die Kosten bezahlen müsse? geschrieben, welche sich in den Erlangischen gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXXXVIII. befindet. Ich habe ihm jedoch darin nicht beypflichten können, wenn er behauptet, daß es zur Verurtheilung des Erben in die Ungehorsamskosten des Processes genug sey, wenn nur mit dem verstorbenen Erblasser lis contestirt, obgleich noch nicht in der Sache erkannt worden. Denn da hier von keiner Pönalklage, sondern von einer bloßen Strafe des Ungehorsams beym Proceß die Rede ist, welche auf vorgängige Beschuldigung des Gegentheils vom Richter erkannt wird, so läßt sich hier keine weitere Litiscontestation gedenken, und folglich sind auch die Grundsätze, die von der Transmission der Pönalklagen auf die Erben gelten, hier nicht anwendbar.

72) S. Roßmanns Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXVII.

73) *L. 73. §. 2. D. de iudic. L. 27. §. 2. D. de liberali caus. cap. 1. de dolo et contumacia in 6to.* Man vergleiche *Chrift. Ferd.*

ist schon oben (§. 237.) gezeigt worden. Da hierdurch nur der angefangene Proceß, und was bisher gerichtlich verhandelt worden, denn das heißt hier Instanz [74]), aufgehoben wird, so gehet durch eine solche Entbindung die Klage an sich nicht gleich verlohren. Allein beharret der Kläger in seinem Ungehorsam, so stehet dem Beklagten, dem an der Fortsetzung und Entscheidung der Sache gelegen ist, ein dreyfacher Weg offen; entweder er kann litem contestiren, und bitten, ihn zum Beweis seiner Einrede zuzulassen, und demnächst in der Hauptsache zu erkennen, in welchem Falle der Beklagte, wenn er auch den Proceß verlieren sollte, dennoch dem Kläger die Proceßkosten nicht erstatten darf [75]), oder er kann bitten, daß dem Kläger eine Frist zur Fortsetzung seiner Klage, bey Strafe des Verlusts derselben, anberaumt, oder demselben eine peremtorische Frist zur Führung des Beweises seiner Klage gesetzt werden möge [76]). Nach dem römischen Rechte konnte zwar der Beklagte erst nach Ablauf eines Jahres um dergleichen Verfügung bitten, nachdem der Kläger einer an ihn ergan-

Ferd. HARPPRECHT Commentat. de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus ex originibus deducta et praxi accommodata. *Tubingae* 1747. 4.

74) HARPPRECHT cit. Commentat. §. 3. sagt: INSTANTIAM *esse litis motae exercitium*, die Verhandlung eines angefangenen Rechtsstreites bey einem Gericht. Jedoch werde dieses Wort auch pro *foro*, seu *loco*, *ubi lis intenditur*, genommen. Daher die Redensart nicht unbekannt ist: Entbindung vom Gerichtsstande.

75) Roßmann in der angef. Abhandlung §. 5.

76) Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 472. und *Chr. Gottl.* BIENERI Syst. processus iudiciar. Tom. I. §. 91. et 92.

gangenen, dreymaligen Ladung keine Folge geleistet [77]. Allein diese Vorschrift wird heutiges Tages in den Gerichten nicht mehr befolgt, wie auch unser Verfasser richtig bemerkt hat [78].

§. 257.

II) Strafe des Ungehorsams des Beklagten vor der Litiscontestation.

Ist hingegen der Beklagte vor der Litiscontestation ungehorsam, so wird deshalb heutiges Tages keine Immission in die Güter des Ungehorsamen weiter erkannt [79]. Denn diese ist, als Strafe des Ungehorsams, in den teutschen Reichsgesetzen [80]) aufgehoben [81]. Nach dem heutigen

77) *Nov. CXII. cap. 3.*

78) SCHAUMBURG in Comp. iuris Digestor. h. t. §. 10. Knorre in der Anleitung zum gerichtl. Proceß. Hauptst. 3. §. 3.

79) Von der bey den Römern wegen des Ungehorsams des Beklagten üblich gewesenen Immission aus dem erstern und andern Dekret und den Wirkungen derselben siehe Westphals Versuch einer systemat. Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 47.

80) In der Reichskammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. und dem R. Deput. Abschiede vom Jahr 1600. §. 95. war zwar die Einweisung in die Güter, als eine Strafe des Ungehorsams, gebilliget; allein durch den Jüngst. Reichsabsch. von 1654. §. 36. ist sie abgeschafft worden.

81) WERNHER in Observat. for. T. I. P. II. Obs. 439. behauptet zwar, daß bey den Reichsständischen Gerichten gegen den ungehorsamen Beklagten auch noch heutiges Tages mit der Immission ex primo et secundo decreto verfahren werden könne. Allein dieser Meinung stehet der angeführte Reichsabschied offenbar entgegen, wie auch schon Estor in den Anfangsgr. des

gen Rechte wird vielmehr der Beklagte, wenn er einer dilatorischen Ladung (§. 235.) keine Folge geleistet, blos mit Erstattung der Kosten des versäumten Termins bestraft; war hingegen die an ihn ergangene Ladung peremtorisch, so kann der Kläger bitten, daß der Beklagte mit der besondern Strafe des Ungehorsams, welche demselben nach der Beschaffenheit des Processes und der angestellten Klage war gedrohet worden, belegt werde. Um diese näher zu bestimmen, ist ein Unterschied zu machen, ob wider den Ungehorsamen executivisch oder im ordentlichen Processe geklagt worden. Im erstern Falle bestehet die Strafe des Ungehorsams darin, daß die beygebrachte Urkunde für richtig anerkannt, die Schuld also für eingeräumt angenommen wird, mithin Implorat zur Bezahlung derselben verurtheilt werden kann [82]). Im letztern Falle hingegen soll nach der Vorschrift der teutschen Reichsgesetze, auf vorhergehende Ungehorsamsanklage, die Einlassung für verneinend geschehen angenommen, und der Kläger zum Beweis seiner Klage zugelassen werden [83]). Die Folge hiervon ist, daß der Beklagte

des gemeinen und R. Processes Tit. 245. §. 2059. Not. III. erinnert hat. In einigen Provinzen, z. B. im Mecklenburgischen, hat sich jedoch die Immission im Gebrauche erhalten. S. *Mich. Christoph.* SCHOMERI Diss. de vero iure et effectu immissionis ex secundo decreto, addictionis in solutum et adiudicationis Mecklenburgicae. *Lugd. Batavor.* Mehrere Beyspiele hat PUFENDORF in Process. Brunsuic. Lüneb. II. III. 21. seqq.

82) Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 170. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 36. Nr. VIII.

83) K. Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. §. 4. Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3.

Jüngst.

klagte seine Einreden verliert, und zwar nicht nur die verzögerlichen, sondern auch die zerstörlichen, weil erstere bey Verlust derselben sogleich in dem ersten Termine, folglich noch vor der Einlassung vorgebracht, letztere aber derselben ebenfalls bey Strafe des Verlustes beygefügt werden müssen.

Jüngst. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 36. BIENER System. process. iudic. T. I. §. 94. Daß eben dieses auch dem Röm. Rechte gemäß sey, läßt sich wohl nicht behaupten. Unser Verfasser beruft sich zwar Not. c. auf die *L. 13. §. 3. C. de iudiciis.* Allein in dieser Gesetzstelle ist offenbar von dem Falle die Rede, si reus eremodicium contraxerit, d. i. wenn der Beklagte nach der Litiscontestation ungehorsamlich ausgeblieben. Denn *eremodicium contrahere* heißt, wie *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano Lib. II. ad h. L. 13. pag. 124. edit. *Gundlingian.* es ganz richtig erklärt, cum post obitum vadimonium, iudicium iam coeptum, hoc est, post litem contestatam, deserebatur. *L. 31. §. 2. D. de negot. gest. L. 7. §. ult. D. de minor. L. 11. et 13. D. iudicat. solvi.* Es stritte überdem ganz gegen die Natur der römischen Litiscontestation, solche für geschehen anzunehmen, und nun in der Hauptsache selbst zu verfahren, da dieselbe ehemals bey den Römern eine feyerliche Handlung war, welche mit gewissen Formeln und Anrufung der Zeugen geschehen mußte; WINCKLER Diss. de discrim. inter L. C. iure veteri ac hod. Sect. I. §. 7. und so lange lis noch nicht contestirt worden, die Sache noch nicht einmal ein eigentlicher Proceß genennet werden konnte. Vor der constitutio iudicii aber, welche erst durch die litis contestatio geschahe, *L. 1. C. de iudic. L. un. C. de lite contest.* war ein Richter nach der römischen Proceßordnung in der Hauptsache zu erkennen, nie im Stande, wie Justinian in der *Nov. LIII. cap. 4. §. 1.* selbst gesteht. Man vergleiche hier SIEBERI angef. Commentat. de contumacia ante lit. contest. in caus. civilib. a reo commissae effectibus §. 6.

sey[84]. Da jedoch eine solche rechtlich fingirte Einlassung nicht mehr Wirkung, als eine wirklich geschehene, haben kann, auch das richterliche Erfüllungsamt, in sofern nämlich die Ergänzung dessen, warum die Partheyen entweder gar nicht, oder nicht besonders gebeten haben, nicht blos Befugniß, sondern Schuldigkeit des Richters ist, selbst durch den Ungehorsam der Partheyen nicht ausgeschlossen wird; so folgt hieraus, daß solche Einreden, welche entweder überhaupt noch nach der Einlassung auf die Klage zugelassen werden, oder welche der Richter von Amtswegen zu ergänzen verbunden ist, sie mögen verzögerliche oder zerstörliche seyn, dadurch, daß lis pro contestata erklärt, oder, wie es in der Kammergerichtsordnung heißt, der Krieg Rechtens für befestiget angenommen wird, keinesweges verlohren gehen[85]. Es bleiben daher dem Beklagten 1) diejenigen Einreden, welche erst nach der Litiscontestation erwachsen, 2) welche zu den privilegirten gehören, und, in sofern sie liquid

84) Jüngst. Reichsabsch. §. 37. SIEBER in der angef. Commentat. §. 18—22. ist zwar anderer Meinung, weil der angezogene §. des Jüngst. Reichsabsch. von einer wirklichen und ausdrücklichen Litiscontestation rede, von welcher sich kein Schluß auf eine erdichtete machen lasse, in dem vorhergehenden §. 36. aber von keinem Verluste der Einreden die Rede sey. Allein ahmt nicht jede Fiction der Wahrheit nach? warum sollte also der Schluß von der wahren Litiscontestation nicht auf die erdichtete gelten? Sodann verstehet sich ja der Verlust der Einreden von selbst, wenn lis pro contestata angenommen wird.

85) Vorzüglich ist hier zu empfehlen *Theodor. Io.* QUISTORPII Disquisit. pract. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contestata habitae intuitu rei exceptionum. *Rostochii* 1746.

liquid sind, auch noch bey der Execution vorgeschützt werden können, z. E. die Einrede der Compensation; 3) welche zum Wesen eines Rechtsstreits gehören, und deren Uebergehung Nichtigkeit verursachen würde, z. B. Mangel der Legitimation zur Sache oder zum Processe; 4) diejenigen peremtorischen Einreden, die an sich in klarer Rechtsanordnung beruhen, und so beschaffen sind, daß durch sie das Klagerecht selbst, auch ohne Einrede (ipso iure), unstatthaft, oder für erloschen zu achten ist [86]).

In Ansehung des Beweises, auf welchen der Kläger in dem Falle, da die Einlassung für verneinend geschehen angenommen wird, zu erkennen bitten kann, ist übrigens noch

86) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 1. Band. Abh. X. §. 13. S. 251. Man streitet sich, ob auch die Einrede der Verjährung vom Richter ergänzt werden könne? Mehrere wollen dieses behaupten, als MEVIUS P. III. Decis. 351. not. 3. WERNHER T. I. P. IV. Obs. 169. Christ. Wilh. Wehrn im theoret. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 67. Not. 7. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 36. Nr. VIII. besonders aber QUISTORP cit. Disquisit. §. XII. sqq. Dieser Meinung habe ich selbst ehedem beygepflichtet. Allein da eine Klage durch die Verjährung nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis aufgehoben wird, auch dem Kläger die Replik, daß die Verjährung unterbrochen worden sey, nicht entzogen werden darf, überdem durch die Extinctivverjährung die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben wird; so glaube ich nun mehr Grund zu haben, der verneinenden Meinung beyzutreten, welche HOMMEL in Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 277. RENNER in Meditat. ad *Schaumburgii* Principia prax. iudic. pag. 233. und Gönner a. a. O. S. 253. vertheidigen.

noch darauf zu sehen, ob nach der Beschaffenheit der Klage dem Kläger der Beweis obliegt, oder ob er wegen einer für ihn streitenden rechtlichen Vermuthung davon befreyet ist. Im erstern Falle kann der Kläger bitten, ihn zum Beweise seiner Klage zuzulassen. Allein dieses Gesuch würde sehr unschicklich in dem andern Falle seyn, da der Kläger den Beweis zu führen nicht verbunden ist. In diesem Falle muß er also vielmehr bitten, daß dem Beklagten der Beweis seines vermeintlich habenden Rechts, z. E. der sich angemaßten Servitut, bey Strafe des Verlustes, auferlegt werden möge [87]). Tritt der Kläger den Beweis an, so muß der Richter darauf sehen, wie der Kläger seine Intention begründet und behauptet habe. Denn hat er nichts bewiesen, so muß dennoch für den Beklagten gesprochen werden [88]), weil wegen des bloßen Ungehorsams Niemand seiner Sache verlustig erkannt werden kann [89]). Es darf auch dem Beklagten der eigentlich sogenannte Gegenbeweis, als

87) Roßmann in der angef. Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden §. 13. macht zwischen bejahenden und verneinenden Klagen einen Unterschied, und meint, daß der Kläger in Ansehung der letztern den ungehorsamen Beklagten, bey Verlust seines vermeintlich habenden Rechts, citiren lassen müsse. Allein die Benennungen der bejahenden und verneinenden Klagen sind viel zu schwankend. Vermuthlich gab ihm die actio negatoria, welche bekanntermassen in der Verneinung der Dienstbarkeit, und der Behauptung der natürlichen Freyheit eines Grundstücks ihren Grund hat, zu dieser Distinction Veranlassung.

88) MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 337.

89) S. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. selectior. for. ad *Mevii* opus Decision. Observ. 24.

als ein nothwendiges Vertheidigungsmittel, nicht versagt werden [90]). Denn es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Ungehorsamen dieses Vertheidigungsmittel entzieht, und daraus, daß die Klage für abgeläugnet angenommen wird, läßt sich ein Verlust desselben eben so wenig folgern [91]). Es mag indessen die endliche Entscheidung des Prozesses für oder wider den Beklagten ausfallen, so muß er, zur Strafe des Ungehorsams, die Kosten des Prozesses tragen [92]). Noch bemerkt unser Verfasser, daß nach sächsischem Rechte die Klage für eingestanden angenommen, und der ungehorsame Beklagte verurtheilt werde, wenn er sub poena confessi et convicti zur Einlassung war vorgeladen worden. Diese Strafe ist nicht aus den römischen oder canonischen Rechten, sondern aus teutschen Gewohnheiten und Gesetzen herzuleiten [93]). Sie ist an mehreren Orten gesetzlich eingeführt [94]), und Leyser [95]) hält sie für das beste und schicklichste Mittel, den Ungehorsam des Beklagten

90) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 458. Not. a. S. 607.

91) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo commissae effectibus §. 23.

92) Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3.

93) Sachsenspiegel B. III. Art. 5. und 39. B. I. Art. 41. B. II. Art. 2. HEINECCIUS in Elem. iuris germ. T. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122. SIEBER cit. Commentat. §. 7.

94) Z. B. in Hamburg, Lübeck, Bremen, Böhmen, Mähren. S. SIEBER cit. loc. pag. 17. Auch nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 8. Tit. §. 10.

95) in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIII. medit. 7.

ten zu bestrafen. Allein da die in den Reichsgesetzen bestimmte Strafe des Ungehorsams der Analogie des gemeinen Rechts weit angemessener ist, indem dem Kläger, der immer weniger Begünstigung verdient, als der Beklagte, nur das auferlegt wird, wozu er ohnedem verbunden ist, und sich schon vor Anstellung der Klage angeschickt haben muß [96]), überdem jedem Richter die Pflicht obliegt, genau nach den Gesetzen, deren Diener er ist, zu verfahren, so kann ich mich nicht überzeugen, daß ein Richter die Macht haben sollte, statt der in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Strafe des Ungehorsams auf die derselben entgegengesetzte poenam confessi et convicti nach Gefallen zu erkennen, *in sofern nicht etwa die Geringfügigkeit der Sache eine Ausnahme erfordert* [97]).

§. 258.

Strafen des Ungehorsams der Partheyen nach der Litiscontestation.

Aeußert sich der Ungehorsam der Partheyen erst nach **geschehener Einlassung auf die Klage**, so läßt entweder ein oder der andere Theil den Rechtsstreit ganz liegen, oder die Partheyen begehen nur bey einzelnen gerichtlichen Handlungen im Prozeß einen Ungehorsam. Im erstern Falle ist wieder zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Unterschied zu machen. Läßt der **Kläger** nach der Litis-

96) QUISTORP cit. Disquisit. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contest. habitae §. V. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 128. S. 94.

97) Noch verdient hier angeführt zu werden *Iust.* CLAPROTH Diss. de poena rei contumacis non respondentis. *Goett.* 1756.

Litiscontestation den Prozeß liegen, so kommt es darauf an, ob dem Beklagten an der Fortsetzung des Prozesses gelegen ist, oder nicht. Im letztern Falle kann derselbe um Entbindung von der Instanz und Erstattung der Kosten bitten, es wäre denn, daß der Richter nach der Lage des Prozesses in der Hauptsache selbst zu erkennen im Stande wäre, in welchem Falle das Gesuch des Beklagten um Entbindung von der Instanz nicht Statt findet[98]). Im erstern Falle hingegen hat der Beklagte sich entweder verneinend, oder bejahend eingelassen. Ist ersteres, so kann der Beklagte entweder bitten, daß dem Kläger der Beweis seiner Klage auferlegt werden möge, oder er kann gleich selbst den Beweis des Gegentheils von der Behauptung des Klägers übernehmen, in welchem Falle er von der Klage entbunden werden muß, wenn er diesen Beweis zu führen im Stande ist. Hat hingegen der Beklagte sich bejahend eingelassen, so wird er, wenn er seine vorgeschützten peremtorischen Einreden beweiset, losgesprochen, in dem entgegengesetzten Falle aber verurtheilt, jedoch so, daß der ungehorsame Kläger die Kosten tragen muß[99]). Läßt der Beklagte nach der Einlassung den Rechtsstreit liegen, und dem Kläger ist an der Fortsetzung des Prozesses gelegen, so lassen sich folgende Fälle gedenken. Der Beklagte hat sich entweder verneinend oder bejahend eingelassen. Im erstern Falle erfolgt, wenn der Kläger den Grund seiner Klage gehörig beweiset, ein verdammendes, in dem entgegengesetzten Falle aber ein losspechendes Er-

 kennt-

98) *L. 13. §. 2. Cod. de iudiciis.* S. HARPPRECHT in Comment. de absolutione ab instantia §. 12. pag. 107. sq.

99) *L. 13. §. 2. cit.*

kenntniß, jedoch werden in jedem Falle dem ungehorsamen Beklagten die Kosten des Prozesses zu Theil. Im andern Falle, da sich der Beklagte bejahend eingelassen, aber peremtorische Einreden vorgeschützt hat, kann entweder der Kläger dieselben sofort durch Gegenbeweis entkräften, oder nicht. In jenem Falle wird der Beklagte condemnirt; in diesem aber kann der Kläger bitten, daß dem Beklagten der Beweis seiner Einreden auferlegt werde, mit der Verwarnung, daß bey desselben Unterlassung in der Hauptsache für den Kläger gesprochen werden solle [100]). Wenn hingegen die Partheyen nach der Einlassung nur bey einzelnen Handlungen im Prozeß einen Ungehorsam begehen, so findet nach der Lage des Prozesses und der Art der ergangenen Citation bald nur die allgemeine, bald die angedrohete besondere Strafe des Ungehorsams Statt [1]).

§. 259.

Wie ist der Ungehorsam anzuklagen?

In sofern nicht der den Ungehorsamen treffende Nachtheil ipso iure eintritt, wie dies bey versäumten gesetzlichen Nothfristen der Fall ist [2]), muß nun, wenn bey versäumten arctatorischen Terminen die verwirkte Strafe des Ungehorsams eintreten soll, die Gegenparthey förmlich erklären,

100) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses §. 2060.

1) Man vergleiche hier besonders Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Prozesses §. 474—476. der Gönnerschen Ausgabe, und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4420.

2) *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. quando accusatio contumaciae sit superflua aut frustranea. *Vitemb.* 1776.

ren, daß sie von dem Richter eine Verfügung verlange, in welcher die Folge der Versäumung realisirt, und das dieser angemessene weitere Verfahren bestimmt werde. Man nennt dieses eine Contumacialanklage [3]), oder Ungehorsamsbeschuldigung. Es wird dazu erfordert, 1) daß der Anklagende seiner Seits seiner Obliegenheit ein völliges Genüge geleistet habe; 2) bescheinige, sofern es nöthig ist, daß dem Ungehorsamen der richterliche Befehl gehörig eingehändiget worden; sodann 3) zeige, daß die in demselben bestimmte Frist gänzlich verstrichen sey, und er dennoch der richterlichen Auflage keine schuldige Folge geleistet habe, und dann 4) das Gesuch beyfüge, wie er wolle, daß der Richter gegen den Ungehorsamen verfahren soll [4]). Diese Ungehorsamsbeschuldigung fällt jedoch alsdann weg, wenn etwa die Partheyen unter sich den Vertrag errichtet hätten, einander Ungehorsams nicht zu beschuldigen. Denn wenn gleich freylich ein solcher Vertrag in den Fällen ohne Wirkung ist, da es keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedarf, sondern der Richter von Amtswegen verfahren kann; so kann doch demselben wenigstens in solchen Fällen seine Gültigkeit nicht abgesprochen werden, in welchen sonst der nicht angeschuldigte Ungehorsam unschädlich ist [5]). Ob übrigens der Ungehorsam mündlich oder schriftlich accusirt werde, ist, in sofern nicht besondere Vorschriften dieserhalb

3) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 131.

4) Nettelbladts Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 195. ff. HOFACKER Princ. T. III. §. 4423.

5) *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. X. Obs. 3. *Pactum de non accusanda contumacia quatenus vires habeat?* pag. 129. sqq.

vorhanden sind [6]), willkührlich; im ordentlichen Prozesse pflegt indessen die Ungehorsamsbeschuldigung gewöhnlich in einem kurzen Aufsatze angebracht zu werden [7]).

§. 260.

Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen. Ehehaften. Erläuterung der *L. 2. D. h. t.*

Die Strafe des Ungehorsams kann aus mancherley Ursachen wegfallen. I) Wenn der Ungehorsame noch Folge leistet, ehe die Ungehorsamsbeschuldigung von dem Gegentheil geschehen ist. Dieses wird die Reinigung von dem Ungehorsam (purgatio contumaciae) im eigentlichen Verstande genennt [8]), und findet nur in einem solchen Falle Statt, da ohne vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung keine Strafe vom Richter erkannt werden kann. II) Wenn der Ungehorsame rechtmäßige Entschuldigungsursachen seines Aussenbleibens, welche man Ehehaften (legitima impedimenta) nennt, für sich anzuführen vermag. Die Bescheinigung solcher rechtmäßiger Entschuldigungen, wodurch man die Strafe des Ungehorsams, der geschehenen Ungehorsamsbeschuldigung ungeachtet, abzuwenden im Stande ist, wird die Reinigung von dem Ungehorsam im weitläuftigen Verstande genennt.

6) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 3. WIESAND in cit. Opuscul. Specim. X. Obs. 5. pag. 138.

7) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 128.

8) Nettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 151.

nennt[9]). III) Wenn der Termin in solche Zeiten fällt, wo Ferien sind, mithin eine Befreyung von gerichtlichen Geschäften Statt findet. (§. 228.) Nur die Nothfristen laufen auch während der Ferien[10]), in sofern daher die zu verrichtende Handlung vor dem Feyertage, mit welchem sich die Frist endiget, hätte vorgenommen werden können, hilft der eintretende Feyertag nichts, sondern wird mitgezählt[11]). IV) Wenn in Zeiten um Verlängerung der anberaumten Frist, oder um Verlegung des angesetzten Termins gebeten wird. Endlich V) wenn die Sache ist verglichen worden[12]). Hier ist nur noch von den sogenannten

9) *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de purgatione contumaciae in processu. *Halae* 1733.

10) *L. 1. Cod. de feriis.*

11) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 314. Not. g.

12) *L. 2. pr. D. h. t.* Non exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum, sed hoc ita, si non prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Hier wollen viele statt *si non* lieber si modo lesen, als *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 14. und Lib. III. c. 24. SCHULTING in Enarrat. h. t. §. 5. *Herm.* CANNEGIETER in Observat. Lib. I. cap. 17. pag. 114. VOORDA Diss. de Vadimonio Cap. IV. §. 6. Ebendiese Leseart billigen Charondas und Russard ad L. 2. und *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas ad Dig. h. t. pag. 298. Die Florentinischen Pandecten stimmen jedoch mit der vulgata überein. Allein die Basiliken haben das *non* gar nicht. Daher verwirft es auch CUJACIUS in Commentar. ad L. 113. D. de Verbor. obligat. Mit der Emendation des Cujaz stimmt die Ausgabe des Robert Stephanus Paris 1527. überein, und so haben mehrere MSS. die Brenkmann verglichen hat, wie in der Gebauerschen

ten Ehehaften zu handeln [13]), von Ferien, Fristgesuchen und Vergleichen aber in den folgenden Titeln. Unter

[...]en Ausgabe angemerkt wird. Mit der erstern Leseart hingegen stimmt die Ausgabe des Greg. Haloander überein. *Corn. van* BYNKERSHOCK in Obſervat. iuris Rom. Lib. III. cap. 5. sucht der Schwierigkeit durch eine Versetzung der Worte abzuhelfen, und lieset: *ſed hoc ita, ſi non prius ſiſti oporteret, quam id negotium transactum ſit.* Allein diese Emendation ist kühn, wie die meisten dieses Rechtsgelehrten. Wäre eine Emendation nöthig, so hätte die Leseart *ſi modo* allerdings viel vor sich. Allein Siegm. Reich. Jauch in Meditat. crit. de Negationibus Pandect. Flor. pag. 178. bemerkt, daß Ulpian hier, wie an mehreren Orten, das *ſi non* brauche, wenn er seine Meinung näher bestimmt, ohne diesen Worten gerade einen verneinenden Sinn beyzulegen. Doch zur Sache. Gesetzt, der Vergleich wäre erst nach dem Ablauf des Termins geschlossen worden, auf welchem der ungehorsame Beklagte erscheinen sollen, konnte dennoch der Kläger auf die versprochene Strafe klagen? Nach dem strengen Recht hatte freylich actio ex ſtipulatu statt, quia ſtipulatio ſemel commiſſa erat; allein der Beklagte konnte sich mit der exceptione doli schützen. *Quis enim,* sagt das Gesetz, *de poena promiſſa laborat poſt negotium transactum? cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quaſi etiam de poena transactum ſit:* d. i. wie kann weiter die Frage von einer Strafe seyn, wenn der Rechtsstreit einmal durch einen Vergleich ist beygelegt worden? Unstreitig gieng ja die Absicht der Partheyen mit darauf, die verwirkte Strafe zugleich dadurch abzuthun. Replicirt etwa der Kläger, daß der Vergleich ihm nachtheilig sey, und er dadurch keine völlige Vergütung seines Interesse erhalte, so ist es seine Schuld, daß er den Vergleich nicht auf eine vortheilhaftere Art geschlossen hat. S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

13) Ausser der vom Autor angeführten Schrift des Ephraim Gerhards sind noch folgende zu bemerken: *Sam.* STRYK Diſſ.

ter Ehehaften verstehet unser Verfasser zufällige und unvermuthete Ereignisse, welche dem Vorgeladenen ohne sein Verschulden die Besorgung des ihm aufgelegten gerichtlichen Geschäfts unmöglich gemacht haben [14]). In den Gesetzen dieses Titels werden mehrere solcher rechtmäßiger Ent-

Diss. de impedimentis legalibus. *Frf.* 1684. *Io. Gottf.* KRAUSE Diss. de causis contumaciam excusantibus. *Vitemb.* 1703. und *Io. Guil.* HOFFMANN Disp. de legitimis impedimentis ex iure germanico. *Frfti ad Viadr.* 1736.

14) In den römischen Gesetzen finden wir kein Kunstwort. Die Benennung legitima impedimenta ist nicht römisch. Ich will eher glauben, daß man die rechtmäßigen Entschuldigungen des Aussenbleibens *legitimas vadimonii deserendi causas* genennt habe. Allein auch diesen Ausdruck suchen wir vergeblich in den Gesetzen, weil Tribonian überall das Wort *vadimonium* ausgestrichen hat, wo es in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorgekommen, wie schon oben (§. 240. a.) erinnert worden ist. Die teutsche Benennung Ehehaften kommt von dem teutschen Wort Ee, Ehe, Ewe oder Echt her, welches so viel als Gesetz hieß. Daher nannten unsere Vorfahren jeden Uebertreter der Gesetze einen Eebreker. Eben so hieß Ehehafft oder Echthafft so viel als gesetzmäßig oder rechtmäßig, und ehehafte Hinderung eine rechtmäßige Verhinderung. In verschiedenen alten teutschen Gerichtsordnungen findet man auch noch die Ausdrücke ehehafte Ursachen, ehehafte Verhinderungen. S. z. B. die Gerichtsordnung der Grafschaft Solms Tit. 13. In den neuern Zeiten fing man an, das Wort Ursache oder Verhinderung wegzulassen, und so stempelte denn der Sprachgebrauch das Wort Ehehaft zum Substantivum. S. DIECMANNI Specim. Glossar. lat. Theotisc. pag. 20. BESOLDI Thesaur. pract. v. Ehehaften. HOFFMANN cit. Diss. §. 6.

Entschuldigungsursachen aufgezählt, welche unser Verfasser in der Note d. anführt. Dergleichen sind 1) Verhinderung durch öffentliche und pressante Amtsgeschäfte; 2) Ablegung eines nöthigen Zeugnisses; 3) Krankheit, Hindernisse auf dem Wege durch Witterung und Wasserfluth. Jedoch entschuldigt nicht jede Krankheit, sondern sie muß eine solche seyn, welche in den Gesetzen morbus sonticus genennt wird [15]), d. i. bey welcher man nicht ausgehen, und seinen Geschäften obliegen kann [16]). Ein hohes Alter entschuldiget an sich nicht, in sofern dasselbe nicht mit einer solchen Schwäche begleitet wäre, welche das Alter zu einer Krankheit, und den Greis zur Besorgung seiner Geschäfte ganz unvermögend macht.

15) *L. 2. §. 3. D. h. t.* — Lex XII. Tabularum, si alteruter ex litigatoribus MORBO SONTICO impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum. *Dies diffisus* heißt so viel als dilatus. S. CUJACIUS in Observat. Lib. XII. cap. 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Differt. IV. §. 13. sqq. *Operum* Tom. III. pag. 63. sqq.

16) Julian sagt *L. 60. D. de re iud.* SONTICUS autem existimandus est, qui cuiusque rei agendae impedimento est. Add. *L. 4. §. 5. L. ult. §. 1. D. de aedilit. edict. L. 113. D. de Verb. Signific.* SEXTUS CAECILIUS sagt beym GELLIUS Noct. Attic. Lib. XX. c. 1. *morbus sonticus* sey morbus vehementior, vim graviter nocendi habens. Vergleiche *Ge. Casp.* KIRCHMAIERI Opuscula de latinitate Digestorum et Institution. D. Iustiniani Imp. collect. et edita a *Ge. Sam.* MADIHN. *Halae* 1772. 8. Opusc. IV. §. 3. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus Tom. I. pag. 336. WESTENBERG D. Marcus Diss. IV. §. 16. et 17.

macht [17]). Dahingegen soll Schwangerschaft und Kindbette bey Frauenspersonen, so wie auch Verrückung des Verstandes rechtlich entschuldigen [18]). Bey Hindernissen durch Witterung, üblen Weg und Ueberschwemmung wollen ebenfalls die Gesetze noch auf die besondern Umstände gesehen wissen, ob etwa dabey eine Schuld des Nichterschienenen sich hervorthut, z. B. daß er sich nicht eher auf den Weg gemacht, oder leicht einen andern Weg hätte nehmen können [19]). 4) Erlittener Arrest, sofern sich solchen der Vorgeladene nicht selbst und in der Absicht zugezogen, um nur den Termin vergeblich zu machen [20]). Wäre er von einem Privatmanne eingesperrt gehalten worden, so soll er sich damit nicht entschuldigen, sondern sich an jenen halten [21]). 5) Familientrauer. 6) Feindliche Gefan-

17) *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non compareat. *Lipsiae* 1772.

18) *L. 2. §. 4. et 5. D. h. t.* Auch die teutschen Gesetze entschuldigen die Kindbetterinnen und schwangern Frauen, die der Niederkunft nahe sind. S. HOFFMANN cit. Diss. §. 11.

19) *L. 2. §. 8. eod.*

20) *L. 2. §. 9. eod.*

21) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 15. behauptet, daß in einem solchen Falle noch heutiges Tages actione in factum gegen den Verhindernden auf Schadensersetzung zu klagen, oder, wenn dieser nicht solvent seyn sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen sey. Allein da dieses nur zur Vermehrung der Streitigkeiten Anlaß giebt, so ist nach teutschem Rechte der Verhinderte auch in dem Falle zu entschuldigen, da er von einem Dritten wider seinen

Gefangenschaft. 7) Abwesenheit wegen öffentlicher Angelegenheiten u. d. m. Daß jedoch, ausser den in den Gesetzen berührten Fällen, vieles dem richterlichen Ermessen hierbey überlassen bleibe, lehrt die Natur der Sache [22]). In Ansehung der Wirkung solcher Ehehaften ist noch zu bemerken, daß wenn deren Bescheinigung erforderlichen Falles beygebracht worden, nun der den Versäumenden sonst treffende Nachtheil entweder gar nicht über denselben verhängt werden darf, oder, wenn dieses auch einstweilen (ob contumaciam praesumtam) geschehen ist, derselbe gegen den verhängten Nachtheil in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden muß [23]). Sind die angeführten Entschuldigungsgründe sehr wahrscheinlich, so wird der Vorgeladene zur eidlichen Bestärkung zugelassen. Man kann übrigens auch auf Ehehaften Verzicht thun. Nur muß dieses nicht im Allgemeinen, sondern mit Bestimmung besonderer Fälle geschehen. Es ist dieses nicht nur der Billigkeit gemäß, da allezeit zu vermuthen ist, daß derjenige, welcher nur überhaupt auf das Anführen der Ehehaften Verzicht gethan, nicht an besondere Nothfälle gedacht habe, welche

seinen Willen durch Gewalt aufgehalten worden ist, und dieser von Amtswegen zu bestrafen, und nach Befinden der Sache zur Schadensersetzung anzuweisen. HOFFMANN cit. Diss. §. 12. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 130. S. 98.

22) *Cap. 1. et 6. X. de dol. et contum. Cap. 24. X. de offic. et pot. iud. deleg. L. 1. §. 3. D. quae sentent. sine appellat. rescind.*

23) Grolmans Theorie §. 130. a. E.

welche daher allemal zur Entschuldigung gereichen müssen; sondern es stimmt auch hierin das römische [24]) und teutsche Recht überein [25]).

24) ULPIANUS *L. 4. §. 4. D. h. t.* Quaesitum est, an possit conveniri: *ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiiciatur:* et ait ATILICINUS conventionem istam non valere: sed et ego puto, conventionem ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renunciatum est. CUJACIUS Observat. Lib. XIV. cap. 7. hält die Worte: *si specialiter causae exceptionum expressae sunt*, für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestorum h. t. §. 7.

25) Man denke an das bekannte teutsche Sprüchwort: gemeine Verzicht hat keine Kraft, wovon Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern VI. Abtheil. Nr. XIV. S. 526. nach der neuesten Ausgabe (Leipzig 1792.) nachzusehen sind. Add. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 9.

Lib.

Lib. II. Tit. XII.

De feriis, dilationibus et diversis temporibus.

§. 261.

Begriff der Ferien und Unterschied derselben vom Justitium.

Zu den rechtmäßigen Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen, gehören auch die Ferien, wenn der Termin gerade in diese Zeiten fallen sollte. Denn Niemand ist an solchen Tagen vor Gericht zu erscheinen schuldig, es müßte denn die Sache so beschaffen seyn, daß sie keinen Aufschub leidet [26]). Daher ist nun die Lehre von Ferien abzuhandeln. Unter Ferien werden hier diejenigen Tage verstanden, an welchen vor einem bestehenden Gericht in der Regel nichts verhandelt werden darf [27]). Die Römer nannten sie *dies nefastos*, nach dem bekannten Vers des Ovids [28]): Ille NEFASTUS erit, per quem tria verba silentur [29]). Gerichtstage hingegen wurden *dies fasti* genennt.

26) *L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.*

27) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de feriis. *Tub.* 1661. *Ge. Christoph.* NELLER collectio methodica SS. Canonum et Legum praecipuarum ad libri II. Decretal. Tit. IX. de feriis. Pars I. et II. *Treviris* 1755. (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. II. *Aug. Treviror.* 1787. Nr. XVI. et in *Ant.* SCHMIDT *Thes. iuris eccles.* Tom. VI. Nr. XIX.)

28) *Fastor. I. v. 47.*

29) Diese drey Worte, welche den Umfang der ganzen prätorischen Jurisdiction ausdrückten, waren bekanntermassen *do, dico, addico.*

genennt. FASTUS erit, sagt eben dieser römische Dichter, per quem iure licebit agi. Unsere Gesetze nennen diese letzteren *dies iuridicos* [30]), *dies sessionum* [31]); Rechtstage [32]). In den Ferien werden nun zwar keine Gerichte gehalten, es fehlt indessen doch nicht an Richtern, zu denen man seine Zuflucht nehmen kann, und denen in Nothfällen auch sogar an Gott geheiligten Festtagen die Ausübung der Gerichtsbarkeit erlaubt ist. Hierdurch unterscheiden sich daher Ferien von einem Justitium, oder gänzlichen Gerichtsstillstande, Gerichtssperre, als einer Zeit, da die Gerichte durch öffentliche und gemeine Unglücksfälle, z. B. Krieg oder Pest, dergestalt ausser aller Activität gesetzt sind, daß man nicht einmal einen Richter haben kann. Der Unterschied zwischen Ferien und Justitium zeigt sich besonders bey Verjährungen. Denn durch den gänzlichen Gerichtsstillstand wird die Verjährung unterbrochen [33]). Ferien hin-

addico. Praetor DABAT, actionem, exceptionem, iudicem. DICEBAT, quoties interdictum proponebat; dicebat ius. ADDICEBAT rem in iure cessam, addicebat bona sub hasta vendita plus licitantibus etc.

30) *L. 7. C. h. t.*

31) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in possess.*

32) S. WALCH in Glossar. german. ad Constitut. crim. Carol. voc. Rechttag pag. 421. Auch das Wort Tag wird in den Urkunden des teutschen Rechts häufig für Gerichtstag oder Termin genommen. S. WALCH in Glossar. cit. voc. Tag pag. 458. sqq.

33) *Cap. 10. X. de praescript.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 172. *I. H.* BOEHMER Diss. de eo quod iustum est durante iustitio. *Halae* 1705. Cap. II. §. 13—18. RAVE Princip. doctr. de praescriptione §. 31.

hingegen hindern den Lauf derselben nicht[34]), sondern sie werden nur bey Verjährung solcher Klagen und Rechtsmittel nicht mitgezählt, welche ein tempus utile (§. 269.) zu ihrer Dauer haben[35]).

§. 262.

Eintheilung der Ferien.

Die Ferien können auf verschiedene Art eingetheilt werden. Sie sind entweder gewöhnliche (*feriae ordinariae*), welche alle Jahre eintreten, oder ausserordentliche (*feriae repentinae*), welche bey ausserordentlichen Vorfällen angeordnet werden[36]). Beyde sind wieder, nach Verschiedenheit ihres Zwecks, entweder solche, die dem öffentlichen Gottesdienst gewidmet sind; diese werden göttliche (*divinae*) genennt; oder solche, welche aus weltlichen Ursachen eingeführt sind; und diese nennt man menschliche Ferien (*humanae*). Letztere sind wieder verschiedener Art. Sie haben nämlich entweder den gemeinen Nutzen und Bedürfnisse der Menschen, oder die Ehre gewisser Personen zum Zweck. Letztere werden *feriae honorariae* genennt; z. B. Geburtstagsfeyer des Landesherrn. Ferien der erstern Art (*feriae necessariae*) hingegen betreffen entweder das Beste des öffentlichen Handels und städtischen Gewer-

34) *L. 26. §. 7. D. Ex quib. caus. maior. in integr. restituuntur.* *Mich.* GRASSIUS in Diss. de regula iuris: agere non valenti non currit praescriptio. Tract. gener. Th. 15. et Sect. II. Membr. II. Th. 3.

35) *L. 1. D. de div. tempor. praescript.*

36) *L. 26. §. 7. D. Ex quib. caus. maior.* Z. B. Sieges- und Friedensfestferien, Landtrauer u. dgl.

Gewerbes, oder sie sind zum Besten des Feld- und Weinbaues eingeführt. Zu jenen gehören die Meßferien (*feriae urbanae*), zu diesen aber die Erndte- und Weinleseferien (*feriae rusticae*). In dem römischen Gesetzbuche findet sich eine Verordnung, welche den Anfang und das Ende der Erndte- und Weinleseferien bestimmt [37]. Allein wäre auch diese Constitution ächt, woran doch noch mit Grunde gezweifelt wird [38], so würde dennoch dieselbe wegen des so sehr verschiedenen Klima nicht überall Anwendung finden können [39]. Es kommt daher vielmehr auf die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines jeden Landes an. Die ordentlichen Gott geheiligten Feyertage (*feriae divinae ordinariae s. solemnes*) sind entweder unbewegliche, unveränderliche (*stativae et immobiles*), die allezeit auf einen gewissen Tag fallen, z. B. Sonntags- und Weynachtsferien, oder abwechselnde, bewegliche, veränder-

37) *L. 2. Cod. de feriis.*

38) Man sehe ALCIATUS Parergor. lib. VI. cap. 9. GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de feriis. Daß diese Constitution ganz aus fremdem Rechte, dem Fränkischen oder Gothischen, entlehnt seyn sollte, ist nicht glaublich; sondern sie hat unstreitig einen römischen Kaiser zum Urheber, zwar nicht den Theodosius, den die Ueberschrift nennt, allein vielleicht den Kaiser Constantin. Doch scheint gerade die Stelle ein Glossem zu seyn, welche die Bestimmung des Anfangs und Endes der Erndte- und Weinleseferien enthält, wie auch *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. variis s. Meletematib. ad Pandect. ad Lib. II. Dissert. 3. §. 3. dafür hält. Denn die Präsides der Provinzen pflegten diese Ferien selbst nach der Gewohnheit eines jeden Orts zu bestimmen. *L. 4. D. h. t.*

39) NELLER cit. Dissert. Part. I. Sect. I. §. 6. Not. *).

liche Ferien (*feriae conceptivae et mobiles*), welche zwar alle Jahr, aber zu verschiedener Zeit, eintreten, z. E. die Oster- und Pfingstferien. Die Gott geheiligten Ferien sind übrigens eine Wirkung öffentlicher kirchlicher Festtage, und sollen eigentlich, vermöge des päbstlichen Rechts [40]), von einer Vesper zur andern gerechnet werden. Allein selbst in katholischen Landen wird diese Verordnung nur noch quoad horas canonicas et divina officia beobachtet, im Uebrigen aber werden die Feyertage ohne Unterschied von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [41]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche rechnet man jedoch die Feyertage vielmehr vom Morgen bis zum Sonnenuntergange, oder bis dahin, da wieder etwas in Gerichten vorgenommen werden kann [42]).

§. 263.

Wem stehet das Recht zu, Gerichtsferien anzuordnen? In wiefern kann denselben entsaget werden?

Das Recht, Gerichtsferien anzuordnen, kommt dem Regenten zu, von dessen Willkühr überhaupt die Bestellung der Gerichte abhängt. Man vermische jedoch damit nicht

40) *Cap. 1. X. de feriis.*

41) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap. 1. X. de feriis. ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. IX. nr. 14. LINCK Commentar. in Decretal. Tit. de feriis §. 1. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta seriem libror. Decretal. Lib. II. Tit. 9. §. 6.

42) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 1. Th. §. 48. a) S. 174. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. §. 286. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris principia ad ordin. Digestor. exposita Differt. V. §. 4.

nicht das Recht, Festtage anzuordnen, welches, sofern von kirchlichen Festtagen die Rede ist, ein Recht der Kirchengewalt ist, in Ansehung weltlicher Feyertage aber der weltlichen Obrigkeit zustehet. Da in den protestantischen Landen die Kirchengewalt dem evangelischen Landesherrn in der Regel zustehet, so beruhet auf desselben Bestimmung alles, was die Feyer der Festtage anbetrifft [43]).

Die Wirkung der Ferien ist nun die, daß in solchen Zeiten der Regel nach keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden dürfen. Doch können mancherley Ausnahmen hiervon Statt finden. Dahin gehört I. wenn die Partheyen, so weit es ihnen den Rechten nach freystand, mit Genehmigung des Richters auf die Ferien Verzicht gethan haben [44]). Eine solche blos willkührliche Entsagung ist jedoch in Ansehung göttlicher Ferien schlechthin verboten [45]). Es kann daher an kirchlichen Festtagen, ohne offenbare Nichtigkeiten zu begehen, weder mit Einwilligung des Richters [46]) noch der Partheyen Gericht gehalten wer-

 den,

43) Man vergleiche hier *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. I. Tit. 4. Hofr. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschl. §. 192. ff. und NELLER cit. Diss. P. I. Sect. V.

44) *Io. Gottl.* OLEARIUS de renunciatione feriarum. *Regiomonti* 1713.

45) *L. 7. Cod. de feriis. Cap. fin. X. eod.* LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 25. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 608. et 609.

46) Es gilt dieses von Schiedsrichtern wie von ordentlichen Richtern. *L. 7. Cod. de feriis. L. 1. D. de recept.* Diesen ist *L. 36. D. de recept.* nicht entgegen, welche eigentlich von mensch-

den [47]), weil die Feyer solcher Festtage nicht nur in den gemeinen, geist- und weltlichen Rechten vorgeschrieben, sondern auch die Uebung der Gerichtsbarkeit an solchen Tagen schlechterdings verboten ist [48]). In Ansehung der menschlichen Ferien hingegen findet eine Entsagung in sofern Statt, als sie blos den Nutzen und die Bedürfnisse der Unterthanen zum Zweck haben; wie z. B. Meß- Erndte- und Weinleseferien. Nur auf diese können die Partheyen, jedoch anders nicht, als mit Genehmigung des Richters [49]), Verzicht thun [50]); dahingegen in Ansehung der sogenannten feria-

menschlichen Ferien zu verstehen ist. *de* BERGER Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 2. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

47) *Cap. 1. et 5. X. de feriis.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. XXXII. medit. 6. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 286.

48) *L. 2. 3. 7. et 11. pr. Cod. de feriis.*

49) Denn der Richter ist auch in menschlichen Ferien wider seinen Willen Gericht zu halten der Regel nach nicht verbunden. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 31. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 5. pag. 120. Diesem ist *L. 36. D. de recept.* nicht entgegen, denn wenn Ulpian daselbst sagt: daß ein Schiedsrichter vom Prätor auf Verlangen der Partheyen genöthiget werden könne, auch an Feyertagen ein Urtheil zu sprechen, so ist das von einem solchen Falle zu verstehen, dergleichen Ulpian selbst *L. 13. §. 3. D. eodem* anführt: Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur; *nisi, dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* S. VOET in Comment. h. t. §. 6.

50) *L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. und besonders *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordinem Digestor. expos. Diss. V. §. 6.

feriarum honorariarum eigentlich keine gültige Entsagung Statt findet [51]). Uebrigens kann die Entsagung der Ferien sowohl ausdrücklich als stillschweigend dadurch geschehen, wenn eine Parthey der richterlichen Ladung zu Folge freywillig vor Gericht erscheint, ohne die exceptio feriarum vorzuschützen [52]). Eine solche Verzichtleistung verbindet aber nur die Partheyen. Einem Dritten hingegen kann sie nicht präjudiciren. Daher z. B. die von einer Parthey ernannten Zeugen, wenn kein Nothfall vorhanden, zur Zeit der Ferien nicht genöthiget werden können, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen [53]).

§. 264.

Welche Sachen können zur Zeit der Ferien und insonderheit an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden?

Eine Ausnahme findet II. in Ansehung solcher Sachen Statt, welche aus einer besondern Begünstigung der Gesetze auch sogar an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden können. Zu diesen privilegir-

 ten

51) Arg. *L. 38. D. de pact.* *L. 26. §. 6. D. ex quib. caus. maiores.* WESENBECIUS in Commentar. in tert. libr. Cod. Tit. de feriis nr. 36. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. cit. loc. RICHTER cit. loc.

52) *L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t.* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXV. med. 3. scheint zwar anderer Meinung zu seyn, allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 139.

53) LAUTERBACH in Colleg. Pand. cit. loc. WESENBECIUS cit. loc. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

ten Sachen rechnet man gewöhnlich alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Eben dieses behauptet auch unser Verfasser. Allein daß die Gesetze nur gewisse Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit ihrer frommen Absichten, oder wohlthätigen Wirkungen wegen, nämlich die Manumission, die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, ferner die Schließung eines Vergleichs, auf die bemerkte Art begünstiget haben [54]), ist schon an einem andern Orte dieses Commentars ausführlicher gezeigt worden [55]). Der Regel nach dürfen also auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sie mögen eine Untersuchung erfordern, oder nicht, an heiligen Fest- und Feyertägen nicht geschehen, in sofern nicht eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist [56]). Eben dieses gilt auch von Criminal- Fiskalischen- und Polizeysachen, welche man ebenfalls nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten, der auch unser Verfasser beypflichtet, von der Regel auszunehmen pflegt. Denn die Gesetze, welche die Feyer der gottesdienstlichen Festtage vorschreiben, sagen ganz bestimmt: actus omnes, *seu publici sunt seu privati*, diebus illis conquiescant [57]). Diejenigen Gesetze aber, die man zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung anzuführen pflegt, reden theils von menschlichen Ferien [58]), theils von solchen Sachen, deren schleu-

54) *L. 8. L. fin. §. 1. Cod. h. t.*

55) S. 2. Buch. Tit. 1. §. 194. S. 110. ff.

56) Im Nothfall kann daher die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments auch an einem Sonntage geschehen, ausserdem aber nicht. COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

57) *L. 8. Cod. de feriis.*

58) Von menschlichen Ferien, und zwar von feriis rusticis reden offenbar die von unserm Verf. angeführten *L. 3. et 9. D.* und *L. 5.*

schleunige Besorgung das Wohl des Staats nothwendig macht[59]). Hieraus ergiebt sich endlich eine dritte Ausnahme, daß Sachen, die keinen Aufschub leiden, zu aller Zeit, folglich auch an Gottgeheiligten Feyertagen, vorgenommen werden können[60]).

§. 265.

Von Fristen oder Dilationen. Begriff und Eintheilung derselben.

Die Strafe des Ungehorsams fällt ferner weg, wenn in Zeiten eine neue Frist gesucht worden. (§. 260. nr. IV.) Unter einer Frist (dilatio) verstehet man überhaupt die zur Verrichtung einer gerichtlichen Handlung vorgeschriebene Zeit[61]). Diese ist nun entweder ein bestimmter Tag, oder ein aus mehreren Tagen oder Wochen bestehender Zeitraum. Ersteres nennt man einen Termin oder Tagefarth;

L. 5. Cod. h. t. Man vergleiche WESENBECII Commentar. ad tert. libr. Cod. h. t. nr. 17. BERGER Resolution. legum obstant. h. t. Qu. 3. COCCEJI Ius. civ. controv. h. t. Qu. 5.

59) Hierher gehört die von unserm Verf. angeführte *L. 10. Cod. h. t.* wo die Tortur der Straßenräuber und Mörder auch an Festtagen erlaubt wird, ne differatur sceleratorum proditio consiliorum, quae per latronum tormenta quaerenda est. S. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 16. EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. h. t. ad Qu. 5. not. y. Tom. I. pag. 204.

60) *Cap. ult. X. de feriis:* verb. nisi necessitas urgeat.

61) *Car. Gottl.* KNORRE Diss. de recto dilationum usu. *Halae* 1739. §. 3. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 28.

farth; letzteres eine Frist im eigentlichen Sinn[62]. In der Praxis werden jedoch diese Benennungen häufig vermischt. So z. B. sagt man eben sowohl Beweisfrist als Beweistermin[63]. Die Verlängerung oder Erstreckung einer noch nicht abgelaufenen Frist wird auch von Einigen eine Dilation[64], gewöhnlicher aber die Prorogation einer Frist[65] genennt. Die Fristen sind nun von mancherley Art, und können sowohl nach dem Unterschiede ihres Zwecks oder Gegenstandes, als nach Verschiedenheit ihres Bestimmungsgrundes, und ihrer Wirkungen eingetheilt werden. Wie verschieden die Fristen in Ansehung ihres Gegenstandes seyn können? ist hier der Ort nicht, auszuführen. Brunnemann[66] und besonders Herr von Balthasar[67], geben dem Leser ein vollständiges Verzeichniß davon. In Ansehung ihres Bestimmungsgrundes hingegen werden die Fristen in gesetzliche, richterliche und bedingte oder gewillkührte eingetheilt. I. Gesetzliche Fristen, welche in der Praxis auch Ordnungsfristen heißen, werden nicht nur diejenigen genennt, welche durch ausdrückliche Gesetze und Prozeßordnungen, sondern welche auch nur durch besondere, jedoch unbestrittene Gerichts-

62) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4321.

63) KOCH Diss. de initio termini probatorii. *Giessae* 1785. §. 2.

64) VOET in Commentar. h. t. §. 10. SCHAUMBURG in compendio iuris Digestor. h. t. §. 6.

65) Nettelbladt a. a. O. §. 28. KOCH cit. loc.

66) in processu civili cap. VI. nr. 2. sqq.

67) Tract. iurid. de terminis ac fatalibus iudicialibus eorumque computatione. *Gryphisw.* et *Lips.* 1748.

Gerichtsgewohnheiten bestimmt sind [68]. Diese sind wieder von zweyerley Art, entweder solche, welche die Gesetze unmittelbar den Partheyen selbst vorschreiben, z. B. die zehntägige Appellationsfrist, ferner die funfzehntägige Beweisfrist der vorgeschützten Einrede des Spoliums; oder solche, die nur darum von den Gesetzen bestimmt sind, damit sie der Richter mittelst eines Decrets den Partheyen vorschreibe. Erstere werden dilationes legales absolute tales, letztere aber dilationes legales secundum quid tales genennt [69]. Die Fristen der erstern Art bedürfen keines richterlichen Dekrets [70]. II) Richterliche Fristen werden diejenigen genennt, deren Bestimmung in einem jeden einzelnen Falle von der Vorschrift und Willkühr des Richters abhängt, es sey nun, daß diese richterliche Willkühr entweder ganz uneingeschränkt, oder dadurch beschränkt wäre, daß durchs Gesetz mehrere Fristen bestimmt sind, aus welchen der Richter in einem jeden vorkommenden Falle eine wählen und vorschreiben muß [71]. Diese werden wieder in peremtorische und dilatorische eingetheilt, je nachdem sie entweder im Versäumungsfalle ein Präjudiz in Ansehung der vor Gericht vorzunehmenden Handlung zur Folge haben, oder nicht [72].

III) Be-

68) KOCH cit. Diss. §. 3.

69) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 603. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 738.

70) *Cap. 15. X. de sentent. et re iudic. Cap. 4. X. de in integr. restitut.*

71) KOCH cit. Diss. §. 3.

72) *Cap. 3. et 4. X. de dolo et contum. Cap. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 739.

III) **Bedingte oder gewillkührte** Fristen endlich werden diejenigen genennt, welche von den Partheyen selbst durch Vertrag bestimmt worden sind. Solche Fristen müssen jedesmal dem Richter zur Genehmigung, welche jedoch nicht leicht versagt zu werden pflegt, angezeigt werden [73]). In Ansehung ihrer Wirkungen sind die Fristen entweder **Nothfristen**, oder nicht. Erstere, welche auch **Fatalien** genennt werden [74]), sind solche Fristen, deren Verabsäumung den Verlust der Sache nach sich ziehet. Hier ist also blos von den Nothfristen im Prozeß die Rede, welche den streitenden Partheyen vorgeschrieben sind, um binnen denselben eine gewisse Handlung, bey Verlust der Sache, in dem Gerichte zu bewirken. Es werden daher die der Dauer der Klagen und Einreden vorgeschriebene Verjährungszeiten hiervon gänzlich ausgeschlossen [75]). **Nothfristen**

73) *L. 4. Cod. de dilat.* Concept der K. G. O. Th. III. Tit. X. §. 13. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 131. S. 102.

74) In der *L. 2. Cod. de temporib. et reparationib. appellation.* werden sie Tempora fatalium dierum genennt. Woher die Benennung FATALIA entstanden sey, untersucht mit vieler Gelehrsamkeit *Leop. Nic.* L. B. *ab* ENDE in Commentat. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis. *Halae* 1737. Cap. I. §. 13. sqq.

75) Zu weit dehnt daher unstreitig *Nic. Christph.* L. B. *de* LYNCKER in Commentat. de Fatalibus. *Ienae et Lipsiae* 1742. 4. den Begriff aus, wenn er §. IV. cit. Comment. sagt: FATALIA sunt *certa quaedam temporum momenta, iuris vel hominis dispositione praefixa, intra quae aut quibus aliquid fieri debet, nisi quis iure suo auxilioque legali excidere, aut quandoque etiam poenam luere velit*; und nun FATALIA 1) actionum in iudicium dedu-

sten können nun entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in der Vorschrift des Richters, oder in dem Vertrage der streitenden Theile ihren Grund haben. Im erstern Falle werden sie gesetzliche Nothfristen, oder Fatalien in der strengern Bedeutung, im andern richterliche, im dritten gewillkührte Nothfristen genennet [76]). Die gesetzlichen Nothfristen sind wieder von zweyerley Art. Sie rühren entweder unmittelbar von der Vorschrift der Gesetze her, ohne daß die Mitwirkung des Richters dabey erforderlich ist, z. B. das fatale interponendae appellationis; oder sie müssen zugleich von dem Richter nach Maasgabe der Gesetze den Partheyen vorgeschrieben werden, z. E. die Beweisfrist, wenn eine solche durch besondere Landesgesetze, Prozeßordnungen oder Gerichtsgewohnheiten festgesetzt ist. Erstere werden absolute Nothfristen, letztere hingegen gemischte Nothfristen genennt. Daß ausser den Gesetzen auch der Richter den Partheyen Fatalien vorzuschreiben befugt sey, hat um so weniger einigen Zweifel, je mehr es demselben am Herzen liegen muß, daß Prozesse, die ohne ein solches Beschränkungsmittel gar leicht bis ins Unendliche gespielt werden könnten, ein gewisses Ende gewinnen [77]). Es können aber auch die Partheyen selbst

deducendarum, 2) processus, 3) exercendorum adhibendorumve beneficiorum, 4) iurium, und 5) aliorum actuum expediendorum, quibus quisque sibi prospicere, ac ius suum sartum tectumque conservare potest, annimmt.

76) Diese Eintheilung scheint mir richtiger zu seyn, als wenn man sie in *fatalia iuris*, *fatalia hominis* und *fatalia mixta* eintheilt.

77) *L. 13. pr. Cod. de iudiciis.*

selbst durch eine Uebereinkunft Fatalien eben so gut unter sich festsetzen, als sie sich in aussergerichtlichen und nicht streitigen Geschäften auf den Fall, da sie ihre Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllen würden, sich verwillkühren können, daß sie sodann gewisser Ansprüche oder Befugnisse verlustig seyn wollen. Man denke hier nur an den commissorischen Vertrag.

§. 266.

In wieferne können Fristen erstrecket oder abgekürzt werden? Wenn eher ist die Prorogation zu suchen? Kann der Richter auf Verabstimmung derselben von Amtswegen erkennen? Wie sind die Nothfristen in Zweifel zu erklären?

Da zufällige Hindernisse es den Partheyen nicht selten unmöglich machen, binnen der vorgeschriebenen Frist ihrer Obliegenheit ein Genüge zu leisten, so halten die Gesetze nicht nur das Gesuch um Fristerstreckung an sich für billig [78]), sondern sie verbinden auch sogar den Richter, die gebetene neue Frist zu verstatten [79]). Wenn nun gleich in Ansehung der Fristen selbst, deren Prorogation gesucht wird, kein Unterschied ist, ob sie gesetzliche, richterliche, oder gewillkührte sind, indem auch Ordnungsfristen aus rechtmäßigen Ursachen vom Richter ohne allen Zweifel erstrecket werden kön-

78) Humanum est, so rescribiren die DIVI FRATRES beym CALLISTRATUS *L. 36. pr. D. de iudiciis*, propter fortuitos casus dilationem accipi. Man vergleiche über diese Stelle WESTENBERGII Divum Marcum Dissert. IV.

79) *L. 1. C. de dilat.* Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit.

können [80]); so ist doch in Ansehung der gesetzlichen Nothfristen der Unterschied zwischen absoluten und gemischten Nothfristen nicht unbemerkt zu lassen, indem erstere die besondere Eigenschaft haben, daß sie weder vom Richter, noch von den Partheyen verlängert werden können [81]). Eben dieser Unterschied findet Statt, wenn die Frage entstehet, ob eine gesetzlich bestimmte Frist vom Richter abgekürzt werden könne? Der Regel nach stehet zwar dem Richter eine solche Befugniß nicht zu, denn der Richter darf nicht strenger seyn, als das Gesetz, und kann daher eine Parthey nicht eher ihres Rechts verlustig erklären, als wenn sie diese Strafe nach den Gesetzen verwirkt hat [82]). Ist jedoch von absoluten Nothfristen die Rede nicht, so verstatten zuweilen die Gesetze dem Richter aus rechtmäßigen Ursachen

80) *L. 2. L. 4. §. 5. D. de re iudic.* VOET ad Pandect. h. t. §. 12.

81) K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 29. §. 2. und Concept der K. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1. KNORRE cit. Diss. de recto dilationum usu §. XII. et XX. *ab* ENDE cit. commentat. de fatalium rigore iniquo. Cap. I. §. 19. pag. 47. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 1. Th. §. 279. Verschiedene Rechtsgelehrten sind zwar anderer Meinung. Sie behaupten, daß die Partheyen sogar das fatale interponendae appellationis durch eine gütliche Uebereinkunft verlängern könnten. S. *Io. Christ. Car.* IAN Diss. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis. *Giessae* 1787. dem auch Danz in den Grundsätzen des ordentl. Prozesses §. 421. beystimmt. Allein schon Herr Geh. R. Klüber in der kleinen juristischen Bibliothek. 5. Bandes 20stes Stück. S. 479 f. und Herr Hofr. Gönner im Handbuch des gemeinen Prozesses 3. Th. Nr. LIX. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

82) VOET ad Pandect. h. t. §. 13. KNORRE cit. Diss. §. 21.

sachen eine Abkürzung der in denselben bestimmten Fristen, wenn solche der besondere Faveur der Sache, oder die Gefahr des Verzugs, oder Verhütung einer Chikane nothwendig macht [83]).

Wenn nun also eine auferlegte gerichtliche Handlung binnen der vorgeschriebenen Frist nicht kann verrichtet werden, so muß in Zeiten um Verlängerung derselben, und also um eine neue Frist gebeten werden. Um dieses richtig zu bestimmen, macht unser Verfasser zwischen Noth- und anderen Fristen einen Unterschied. In Ansehung der erstern muß die Verlängerung, so weit dieselbe den Rechten nach zuläßig ist, noch vor dem Ablauf derselben gesucht werden, weil durch Verabsäumung einer Nothfrist der andere Theil ein Recht erwirbt, auf Präclusion in Ansehung der auferlegten aber unterlassenen Handlung zu dringen. Ist hingegen nicht von Nothfristen die Rede, so kann die neue Frist so lange immer noch gebeten werden, als noch keine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist. Ein unvermuthetes und unabwendliches Hinderniß erstreckt jedoch die Frist ipso iure, und schließt die Beschuldigung des Ungehorsams aus [84]). Noch ist in Ansehung der Nothfristen zu bemerken, daß, wenn sie absolute Fatalien sind, deren Verabsäumung den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge hat, dieselben keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedürfen,

83) *L. 2. D. de re iudic.* Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati servat, sed *nonnunquam arctat*, nonnunquam prorogat, *pro causae qualitate et quantitate, vel personarum obsequio vel contumacia.*

84) MEVIUS T. II. P. VIII. Decis. 203. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 6.

dürfen, sondern der Richter von Amtswegen auf deren Verabsäumung erkennen müsse [85]). Im Zweifel sind jedoch Fatalien immer eher für berichtigt als für versäumt zu halten. Diese Vermuthung gründet sich auf Billigkeit, welche hier dem strengen Recht vorzuziehen ist. Zu Folge derselben ist daher, wenn die Sache zweifelhaft ist, jederzeit für diejenige Parthey zu sprechen, welche einer Desertion beschuldiget wird [86]).

Bey conventionellen Fristen hängt zwar alles von der Verabredung der streitenden Partheyen ab; jedoch ist das richterliche Ermessen dabey keineswegs auszuschließen. Es können daher solche Fristen aus erheblichen Ursachen vom Richter sowohl eingeschränkt als erweitert werden [87]).

§. 267.

Stillschweigende Fristverlängerung. Berechnung der Fristen. Rechtmäßige Einschränkung derselben.

Ist eine Frist zu rechter Zeit gesucht worden, aber keine Resolution von Seiten des Richters darauf erfolgt, so kann eine stillschweigende Bewilligung des Fristgesuches nur unter der Voraussetzung angenommen werden, wenn das Fristgesuch alle diejenigen Erfordernisse in sich enthält, ohne

85) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 279.

86) L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 422. BOEHMER Consil. T. II. P. I. Cons. CCCCXXXVII. nr. 20. Hofmanns teutsche Reichspraxis §. 279. Not. c. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. 13. Hauptst. §. 215. zu Ende.

87) KNORRE cit. Diss. §. 25.

ohne welche der Richter eine Verlängerung nicht einmal ausdrücklich ertheilen kann. Denn jedes Stillschweigen des Richters für eine Verlängerung anzunehmen, würde allen Grundsätzen widersprechen[88]). Es muß aber auch in jenem Falle die auferlegte Rechtshandlung binnen dem gebetenen Zeitraum schlechterdings bey Strafe der Präclusion eingebracht werden[89]). Die Fristerstreckung wird übrigens allemal erst vom Ablauf der vorigen Frist angerechnet[90]). Es wird auch bey Berechnung der Fristen der Tag, an welchem das Dilationsdecret insinuirt worden ist, gewönlich nicht mitgezählet[91]). Da Fristen ihrem eigentlichen Endzwecke nach dazu dienen sollen, damit keine Parthey in Beobachtung ihrer Rechtsnothdurft übereilt werde, und in dieser Hinsicht allerdings rechtliche Begünstigung verdienen, so darf ein Fristgesuch im Zweifel nicht versagt werden[92]). Indessen dürfen doch auch Fristgesuche nie zur Verzögerung des Rechtslaufs gemißbraucht werden. Daher ist keine Frist ohne Noth zu verstatten[93]). Wer also durch das Dilations-

gesuch

88) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXII. §. 9. S. 172. ff. und Grolmans Theorie §. 127.

89) MEVIUS in Decision. T. II. P. VI. decis. 213.

90) MEVIUS P. VI. Decision. 28. L. B. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 310. *Aug. de* BALTHASER Tract. de terminis ac fatalib. iudicial. eorumque computatione. Cap. IV. §. 5. Claproth a. a. O. Nettelbladt im angef. Buch §. 3..

91) KNORRE cit. Diss. §. 24. Martins Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 124. Man s. jedoch Gmelins jurid. Archiv. 2. B. S. 210. ff.

92) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 740.

93) *L. 7. D. h. t. L. 36. pr. D. de iudiciis. L. 1. et 4. Cod. de dilationib. L. 2. Cod. de temp. et reparat. appellat.* Reichs-

absch.

gesuch von dem Richter eine Verlängerung der Frist zu erhalten für nöthig findet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften (§. 260.) anführt, welche die Gewährung seines Gesuchs nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erfordert [94]). Gemeiniglich wird jedoch die erste Fristverlängerung auf das bloße Gesuch, ohne erforderliche Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse, ertheilet [95]).

§. 268.

Wie oft kann eine neue Frist gesucht werden?

Noch ist die Frage zu erörtern, wie viel Fristen einer Parthey auf ihr Gesuch verstattet werden können? Unser Verfasser behauptet, daß hierbey alles auf richterlicher Willkühr beruhe. Allein wenn dieses gleich die gemeine Lehre vieler Rechtsgelehrten [96]) ist, so stimmen doch die Gesetze damit nicht überein [97]). Denn nach klarer Vorschrift der-

 selben

absch. vom Jahr 1654. §. 103. WESTENBERG in Divo Marco Diss. IV. §. 2. sqq. KNORRE cit. Dissert. §. 14.

94) Nettelbladt in der angef. Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 201.

95) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 463. nr. 7. *Christ.* ITZSTEIN Diss. de usu recessus Imp. novissimi de a. 1654. in iudiciis Moguntinis. (*Moguntiae* 1787.) Obs. 2.

96) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 34. *Iust. Henn.* BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

97) Eben dieses haben auch schon andere Rechtsgelehrten erinnert, und daher jene Meinung verworfen; man vergleiche *Casp.* ZIEG-

selben soll im bürgerlichen Prozesse über einmal keine Frist erstrecket werden [98]). Auch selbst die Beweisfrist ist von dieser Regel nicht ausgenommen. Vielmehr sagen die Kr. Diocletian und Maximian [99]) ganz ausdrücklich: Quod ita constitutum iudicantes sentire debebunt, ut *hac ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium*, sed eandem dilationem, *si rerum urgentissima ratio flagitaverit, et necessitas desideratae instructionis exegerit*, non facile amplius quam semel, nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam. Nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hinderniß soll ein wiederholtes Fristgesuch Statt finden [100]), jedoch auch dieses anders nicht, als wenn solches genugsam bescheiniget und mittelst Eides für Gefährde noch bestärket wird [1]). Zwar behauptet Hellfeld, daß erst dann, wenn zum drittenmal um Fristverlängerung gebeten wird, diese gesetzmäßige Feyerlichkeit, — so nennt man die bey wiederholtem Fristgesuche

ZIEGLER in Dicastice Concl. 28. *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. Diss. V. §. 7. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

98) *L. ult. D. h. t.* Jüngst. Reichsabsch. §. 103.

99) *L. 1. Cod. de dilationibus.* Daß in diesem Gesetz nicht von der Bestimmung der Beweisfrist selbst, sondern blos von Erstreckung derselben die Rede sey, hat gegen LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 258. med. 2. gründlich erwiesen KNORRE cit. Dissertat. §. 17.

100) *L. 7. D. h. t.* Oratione quidem D. MARCI amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem, expressum est; sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita, et iterum dilatio impertiri solet; et maxime *si aliquid inopinatum emergat.*

1) Jüngst. Reichsabsch. vom J. 1654. §. 50.

gesuche erforderliche Eidesleistung für Gefährde, — zu beobachten sey. Eben dieses ist die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [2]. Allein auch diese Meinung beruhet auf einem Mißverstande der Gesetze. Der jüngste Reichsabschied [3] sagt nur, daß schon bey der dritten Dilation diejenige Feyerlichkeit der Rechte, die bey der vierten bisher gebräuchlich gewesen [4], in Acht genommen werden solle. Diese dritte Dilation ist aber nicht eine dritte Fristerstreckung, wie man glaubt. Denn die erste Dilation ist hier die der Parthey vorgeschriebene Beweisfrist selbst, von welcher in der bemerkten Stelle des jüngsten Reichsabschiedes die Rede ist. Folglich ist die dritte Dilation erst die zweyte Fristverlängerung [5]. Die aus dem römischen und canonischen Rechte [6] angeführten Stellen reden gar nicht von der Erstreckung der Beweisfrist, sondern, wie schon Stryk [7]) bemerkt hat, von der Production der Zeugen, welche zum viertenmal nicht anders, als nach geleistetem Eide für Gefährde, verstattet werden soll. Ist das angeführte Hinderniß notorisch, so wird der Eid für Gefährde nicht für nö-

 thig

2) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 463. S. 614.

3) In dem angef. §. 50.

4) K. R. Kammergerichtsordn. I. Th. Tit. 92. Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 21. §. 10.

5) Man sehe hier besonders WERNHER lectissimae commentat. ad Pand. h. t. §. 9. pag. 223. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 740. und Grolmans Theorie §. 127. b. S. 238.

6) *Nov. XC. cap. 4. Cap. penult. X. de testibus.*

7) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 18.

thig gehalten [8]). Man behauptet auch, daß der Richter solchen aus hinreichenden Gründen den Partheyen nachzulassen berechtiget sey [9]), welches jedoch andere darum nicht ohne Grund bestreiten, weil dieser Eid aus der Vorschrift der Gesetze herrührt, von welcher der Richter nicht nach Willkühr abgehen darf. Wenigstens dürfte doch der Eid nicht ohne Einwilligung des Gegentheils nachgelassen werden [10]). Sollten ganz unabwendliche, noch immer fortdauernde Hindernisse vorhanden seyn, so ist unter solchen Umständen der Richter eine Ausnahme zu machen wohl befugt [11]), und in dieser Hinsicht läßt sich behaupten, daß bey Fristverlängerungen das richterliche Ermessen nicht ganz auszuschließen sey.

Uebrigens behauptet unser Verf. noch zum Beschluß, daß eine Frist, wenn sie auch durch ein falsches Vorgeben erschlichen worden, dennoch ihre Wirkung nicht verliere. Allein auch dieser Satz läßt sich mit der Rechtsanalogie nicht vereinigen, und wird von den meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet [12]).

§. 269. a.

8) BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 124. §. 2. Hofmanns T. Reichspraxis. 1. Th. §. 282. Not. r. *Ge. Lud.* BOEHMER c. l. §. 740.

9) *de* BERGER in Elect. disceptat. forenſ. Tit. XX. pag. 674. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. VIII. §. 3. Danz in den angef. Grundsätzen §. 463. S. 614.

10) MEVIUS in Deciſion. T. II. Part. VI. Deciſ. 54. Estors Anfangsgründe des gem. und R. Prozesses §. 147. Nr. III.

11) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 131. S. 101. MEVIUS P. II. Deciſ. 368. et. 369.

12) MEVIUS T. II. P. IX. Deciſ. 24. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. XXXII. §. 44. Nr. V.

pag.

§. 269 a.

Von den verschiedenen Berechnungsarten der Zeit, und den daher entstehenden Eintheilungen derselben. I) Berechnung des *temporis continui* und *utilis.*

Nicht nur den gerichtlichen, sondern auch den aussergerichtlichen Handlungen der Menschen haben die Gesetze mancherley Zeitfristen an Jahren, Monaten und Tagen vorgeschrieben, von deren Berechnungsart noch kürzlich zu handeln ist [13]).

Die Zeit berechnen heißt den Anfang und das Ende eines gegebenen Zeitraums bestimmen. Die Zeitberechnung setzt also immer eine Zeitreihe von einer gewissen Dimension voraus. In Absicht auf dieselbe werden in dem römischen Rechte zwey Gattungen der Zeit angegeben. Die eine ist die empirische in der Erscheinung, welche von dem er-

 sten

pag. 827. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVII. Not. 8. BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 126. Hofmanns T. Reichspraxis §. 282. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 4323.

13) Man bemerke hier EUSTATHII, Antecess. olim Constantinopolitani, de varia temporum in iure civili observatione libellus. *Basiliae* opera *Simon.* SCHARDII 1561. 8. (et in LEUNCLAVII *Iure Graeco Rom.*) *Alb.* GENTILIS Lib. de diversis temporum appellationibus. *Vitemb.* 1546. 8. *Io. Car.* ANTONELLI Tr. de tempore legali. *Romae* 1660. fol. LAUTERBACH Diss. de varietate temporum. *Tubing.* 1659. und besonders Gmelin über Zeit und Zeitberechnung nach römischen Rechtsprincipien; (im critischen Archiv der neuesten juridischen Litteratur und Rechtspflege in Teutschland. 1. Band. Tübingen 1801. 4. Heft. S. 577. ff.)

sten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe an, unausgesetzt in einer steten Bewegung bis zu dem vorgesteckten Ziel hin fortläuft. Bey der Berechnung derselben werden daher alle Tage, so wie sie auf einander folgen, gezählet, unangesehen, ob sie Feyer- oder Gerichtstage sind, ob man Gelegenheit, sein Recht zu verfolgen, gehabt hat, oder nicht. Sogar keine Unwissenheit, wenn sie auch ganz schuldlos ist, sie betreffe das Recht, oder Thatsachen, kann den Lauf einer solchen Zeit hindern [14]). Nur das moralische Unvermögen eines Menschen zu handeln, und der Mangel der Geisteskräfte, welche die positiven Gesetze in gewissen Umständen bey seinem Benehmen fordern, können einen Stillstand in dieser Zeitberechnung verursachen. Diese erste Gattung der Zeit wird *tempus continuum*, die stete Zeit genennt. Die andere Gattung derselben, welche aus einem Vernunftprinzip ausgeflossen ist, besteht aus einer Composition größerer Zeittheile, die durch die Einheit des Zwecks, der damit erzielet wird, mit einander verbunden sind. Diese ist ein Aggregat einzelner Zeittheile, welche in keiner andern Verbindung mit einander stehen, als daß jeder derselben zu dem in Frage liegenden Geschäft verwendet werden kann. Man kann sie daher die zusammengesetzte Zeit nennen. In unserm römischen Gesetzbuche wird sie *tempus utile*, eine nützliche Zeit genennt, weil sie nur solche Tage in sich schließt, die der, welchem eine solche Zeit vorgeschrieben ist, zu seinen Absichten benützen kann, und wovon alle andern Tage ausgeschlossen sind, in welchen einer

14) *L. 8. D. de his qui not. infam. L. ult. C. de dolo. L. 3. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. L. 5. C. de ad L. Iul. de adult.*

einer verhindert ist, seine Angelegenheiten zu besorgen [15]). Diese Art von Zeit hat also das Unterscheidende, daß bey der Berechnung derselben nur allein diejenigen Tage gezählet werden, wo man ganz ungehindert sein Recht auszuüben, oder gerichtlich zu verfolgen im Stande war. Feyertage, Unwissenheit, Abwesenheit, und andere Hindernisse unterbrechen daher den Lauf dieser Zeit. Ulpian [16]) bestätiget dieses ganz deutlich, wenn er *lib.* 49. *ad Edictum* sagt: Ita autem UTILE TEMPUS est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet, ut per singulos dies et sciverit et potuerit admittere (*bonorum possessionem*); caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Es kommt demnach bey der Berechnung des temporis utilis, wenn insonderheit von Rechtsmitteln und Klagen die Rede ist, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte, *lib.* 47. *ad Edictum* [17]) sehr genau ausführt, auf drey Hauptpuncte an: a) in Ansehung des Klägers, *ut sit facultas agendi*. Hierzu ist aber noch nicht hinreichend, daß der Kläger nicht gehindert sey, die Klage anzustellen, sondern er muß auch wissen, daß

 ihm

15) *Marc. Ant.* BARDI Opusc. de tempore utili et continuo, in *Tractatu Tractatum* T. V. f. 210. sqq. *Io. Frid.* BILGER Diss. de diebus continuis. *Altorfii* 1709. *Christ. Aug.* STÖLTZER Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. *Lipsiae* 1791. und vorzüglich Gmelin über die stete und zusammengesetzte Zeit nach römischen Rechtsprincipien; (in dem angeführten juridischen Archiv. 2. Band. 2. Heft. S. 193. ff.)

16) *L.* 2. *pr. D. quis ordo in possessionib. servetur.*

17) *L.* 1. *D. de divers. temporal. praescript.*

ihm das Recht zu klagen zustehe. Daher sagt Cajus [18]) qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Jedoch entschuldiget bey dieser Zeitberechnung nur eine Unwissenheit in Ansehung der Thatumstände, nicht in Ansehung des Rechts [19]), wenn nicht etwa der Kläger eine solche Person ist, welcher die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, wie z. E. Minderjährige, Weibspersonen, Soldaten [20]). Ist also der Kläger gehindert, seine Klage anzustellen, so läuft ein tempus utile nicht, wenn gleich der Beklagte zur Antwort bereit gewesen, auch genug Gerichtstäge wären gehalten worden [21]). Allein es wird auch b) von Seiten des Beklagten erfordert, *ut experiundi secum faciat potestatem*, wie Ulpian a. a. O. sagt. Wenn daher auch der Kläger ungehindert wäre, so läuft doch die Zeit nicht, wenn sich bey dem Beklagten Umstände finden sollten, weßhalb man ihn nicht verklagen kann [22]). Endlich,

18) *L. 6. D. de Calumniat.* Add. *L. ult. C. de dolo malo.*

19) *L. 1. §. 1. D. de iur. et facti ignor. L. 10. D. de bonor. possession.* und *L. 6. C. qui admitti ad bonor. possess.* Conf. *Rad* FORNERIUS Lib. II. Rerum quotidianar. c. 14. in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 175.

20) *L. 9. §. 1. D. de iur. et facti ign.*

21) *L. 4. D. de div. temp. praescr.* und *L. 25. D. de stipulat. servor.* scheinen zwar zu wiedersprechen; allein CUJACIUS lib. XVI. Observat. cap. 38. hat diese Stellen ganz richtig von dem Falle erklärt, da sich der Beklagte selbst eine gewisse Zeit gesetzt hat, binnen welcher allein er haften will. Siehe auch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. §. 811. S. 620.

22) Beyspiele hiervon werden angeführt in der *L. 1. §. 1. L. 21 — 26. et 28. §. 4. D. ex quib. caus. maior.*

lich, wenn auch beyde Theile ungehindert wären, so kommt es c) noch darauf an, *ut magistratus quoque vel judex, coram quo causa agitur, sui copiam faciat*, welches Ulpian zur Berechnung des temporis utilis ausdrücklich erfordert[23]. Es kommt also hauptsächlich auch darauf an, ob Gericht gehalten worden. Denn nur diese Täge werden gezählt. Ulpian erläutert dieses an einem andern Orte[24], durch das Beyspiel der Appellationsfrist sehr genau. Dies autem istos, sagt er, quibus appellandum est, ad aliquid *utiles* esse, Oratio D. MARCI voluit, si forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur; ait enim: *Is dies servabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — A d e u n d i autem f a c u l t a t e m semper accipimus, si in publico sui copiam fecit: caeterum si non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non accesserit? magisque est, ut non debeat imputari: *quare si in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuisse adeundi*[25]. Bey den Römern hieng diese f a c u l t a s a d e u n d i noch insonderheit von der Verschiedenheit der Geschäfte ab, denen sich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entstand eine sehr wichtige Eintheilung der Ge-

23) *L. 1. D. de div. temp. praescr.* Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. *Proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit.*

24) *L. 1. §. 7. 8. et 9. D. quando appelland. sit.*

25) Ueber diese Stelle ist zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Dissertat XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptsächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Untersuchung gerichtlicher Privatrechtssachen bestimmt, und hießen *dies sessionum* seu *cognitionum*. Andere hingegen waren solchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Untersuchung, auf das bloße Anbringen oder Gesuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was sein Amt erforderte, und wurden daher *dies postulationum* genennt [26]. Wenn nun also die Eigenschaft des Geschäfts, zu dessen Verrichtung ein tempus utile vorgeschrieben war, eine gerichtliche Untersuchung nothwendig machte, so konnten bey dieser Zeitbestimmung nur die dies sessionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieses in einem Beyspiele von der bonorum possessio ganz einleuchtend: Dies bonorum possessionis, sagt er [27], utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is: quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. Aus diesem allen erklärt sich nun, die in den Edicten des Prätors so oft vor-

26) Von dem Unterschiede der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. sqq. *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. L. I. Cap. 8. et 9. et *Phil.* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

27) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in possess. servetur.*

vorkommende Clausel: *quam primum experiundi potestas erit* [28]).

Zuweilen ist die Zeit gemischt. Sie kann in der einen Rücksicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile seyn [29]). Es giebt nämlich Fälle, wo die Zeit in Absicht auf ihren Anfang nützlich, in Rücksicht des Laufes hingegen stete ist; das heißt, zuweilen fängt mir eine gesetzliche Frist nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewissen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder sonst Gelegenheit gewesen, mein Recht auszuüben; sie hat aber hernach einen ununterbrochenen Fortgang. Ein Beyspiel hiervon giebt uns die legale Deliberationszeit von einem Jahre, die dem Erben, ohne daß er darum zu bitten braucht, schon nach den Gesetzen zustehet. Diese Zeit wird erst von dem Tage an gerechnet, da der Erbe erfahren, daß ihm die Erbschaft zugefallen sey. Läuft aber alsdenn ununterbrochen fort [30]). Hierher gehört auch die gesetzliche Appellationsfrist, welche nach dem neuern Röm. Rechte zehn Tage beträgt [31]). Diese fängt erst von der Zeit zu laufen

28) *L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maiores. L. 1. pr. D. uti possidetis.*

29) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Institutionen §. 666.

30) *L. 19. Cod. de iure deliber.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 548.

31) *Nov. XXIII. cap. 1.* Nach dem ältern röm. Rechte waren in eigenen Sachen nur zwey, in fremden aber drey Tage gesetzt. *L. 1. §. 5. 11. et sqq. L. 2. pr. et §. 1. et 3. D. quando appelland. L. 3. D. et L. 6. Cod. de appellat.*

laufen an, wo man theils von dem ergangenen richterlichen Erkenntniß hinreichende Wissenschaft erlangt, theils aber auch Gelegenheit gehabt hat, dem Richter die Appellationsschrift zu überreichen [32]). Uebrigens aber werden in dem Laufe derselben alle Tage, auch Feyer- und Festtage gezählet [33]).

Es lassen sich also in Absicht auf diese Art der Zeitberechnung eigentlich drey Fälle gedenken.

I) Kann eine gewisse gesetzlich bestimmte Zeit sowohl in Rücksicht ihres Anfangs als Fortgangs ein tempus continuum seyn. Man kann diese eine durchaus stete Zeit nennen. Die Berechnungsart findet bey dem Trauerjahre der Wittwen [34]), dem zweyjährigen Zeitraum bey der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [35]), den gerichtlichen Dilationen [36]), der acquisitiven Verjährung [37]), u. d. gl. statt.

II) Kann

32) *L. 1. §. ult. D. quando appell. Nov. XXIII. c. 1. L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

33) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo P. X. Cap. I. §. 6. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XLII. §. 6. *Car. Christ.* HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Ger. T. I. §. 178.

34) *L. 8. D. de his, qui not. infam.*

35) *L. 14. pr. C. de non numer. pec. §. un. I. de litter. obligat.*

36) *L. 3. Cod. de dilation. L. 2. Cod. de temp. et repar. appell.*

37) *L. 31. §. 1. D. de usurpat. et usucap. L. ult. Cod. de praescript. longi temp. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. anor.*

L. 1.

II) Kann eine gesetzliche Frist sowohl in Absicht auf ihren Anfang, als in Absicht auf den Lauf derselben ein tempus utile seyn. Dies kann man eine durchaus nützliche Zeit nennen. Ein vorzügliches Beyspiel davon giebt die Zeit, binnen welcher die Bonorum possessio gebeten werden muß. Diese fängt erst an zu laufen, wenn man nicht nur hinreichende Wissenschaft von dem Tode des Erblassers, und denjenigen Thatumständen erhalten hat, unter welchen einem die bonorum possessio deferirt worden [38]), sondern auch sonst dieselbe gerichtlich zu agnosciren durch nichts gehindert ist [39]); und in dem Laufe derselben werden nur diejenigen Tage gezählet, da der Prätor vor Gericht diejenige Art der bonorum possessio zu ertheilen pflegt, von

L. 1. §. ult C. de ann. except. L. ult Cod. de fund patrimon. Bey der extinctiven Verjährung kommt es auf die Dauer der Klagen und zuständigen Rechtsmittel an, unter denen einige sind, die ein tempus utile zu ihrer Dauer haben, andere, denen ein tempus continuum gesetzt ist. Zu den letztern gehört die bürgerliche Erbschaftsklage. Zu den erstern aber die Klage wider eine Wittwe, welche durch fälschlich vorgegebene Schwangerschaft den Besitz der Verlassenschaft ihres Mannes erhalten. *L. un. §. 3. D. si mulier. ventris nomine in possess. calumniae causa esse dic.* Ferner das Interdictum unde vi. *L. 1. §. 39. D. de vi et vi armata, L. 2. C. unde vi.* und das Interdictum uti possidetis. *L. 1. pr. D. uti possid.* u. d. m.

38) *L. 10. D. de bonor. possess. L. 2. pr. et §. ult. D. quis ordo in possession. servet.* Scientiam autem eam observandam POMPONIUS ait, non quae cadit in Iurisprudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias consulere dignum sit.

39) *L. 8. Cod. qui admitt. ad bon. possess.*

von welcher die Frage ist. So z. B. wurden bey einer solchen bonorum possessio, die ohne vorhergehende Untersuchung de plano verfügt werden kann, nur die dies postulationum, nicht die dies sessionum, und letztere hingegen nur allein bey einer solchen bonorum possessio gezählet, die eine vorhergehende Untersuchung und obrigkeitliches Decret erfordert [40]). Endlich

III) kann ein gesetzlicher Zeitraum nur im Anfange nützlich, und stet im Verfließen seyn. Die Gesetze nennen eine solche Zeit ein *tempus ad aliquid utile* [41]). Beyspiele sind oben angeführt worden.

Noch ist die Frage zu erörtern, nach welchem Grundsatz diejenigen Zeitfristen zu beurtheilen sind, bey welchen in den Gesetzen die eine oder die andere Berechnungsart nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist? Die Rechtsgelehrten haben sich mehrmals bemühet, hiervon allgemeine Regeln aufzustellen, allein ihre Versuche sind zum Theil vergeblich gewesen [42]). Am richtigsten haben unstreitig diejenigen Rechtsgelehrten [43]) die Sache bestimmt, welche zur Regel annehmen,

daß

40) *L. 2. §. 1. et 2. D. quis ordo in possessionibus. servet.*

41) *L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

42) Man vergleiche z. B. *Ant.* GOVEANUS lection. var. iuris civ. Lib. I. c. 10. RITTERSHUSIUS in Iure Iustinian. P. VI. cap. 8. §. 40. DONELLUS Commentar. iuris civ. L. XVI. cap. 8. Allein daß die von diesen Rechtsgelehrten aufgestellten Regeln unrichtig sind, hat STOELTZER cit. Exercitat. iuris civ. Cap. VII. deutlich erwiesen.

43) GENTILIS de divers. tempor. appellation. cap. XIV. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. I. cap. 10.

daß unter einer in den Gesetzen ohne weitere Bestimmung ihrer Berechnungsart vorgeschriebenen Zeitfrist im Zweifel ein *tempus continuum* zu verstehen sey[44]), ausgenommen, wenn von prätorischen Klagen die Rede ist, bey welchen eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im Zweifel für ein *tempus utile* zu erklären ist[45]). Der Grund von dieser Regel ist, weil die Berechnungsart des temporis continui natürlich ist, und keiner gesetzlichen Bestimmung weiter bedarf; die Berechnung des temporis utilis

cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 36. et 37. (*Oper. Tom. II. pag. 81.*) und STOELTZER cit. Exercit. iur. civ. Cap. VII. pag. 44. sqq.

44) Zu Folge dieser Regel wird also die Zeit der zwanzig Jahre in *L. 12. C. ad L. Cornel. de fals.* der zehen Jahre in *L. 27. C. de testam.* der fünf Jahre in *L. 8. §. 4. C. de repud.* und *L. 2. Cod. de vectigal. et commiss.* der vier Jahre in *L. 3. C. de quadrienn. praescr.* der Jahrsfrist in *L. un. §. 7. C. de rei ux. act. §. 6. I. de SCto Tertull. L. 10. C. de legit. hered. L. ult. §. 3. C. de iure delib. Nov. I. c. ult.* der zwey Monate in *L. 36. C. ad L. Iul. de adult.* der dreyßig Tage in *L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.* und *L. 24. C. de. appellat.* von einem tempore continuo verstanden werden müssen.

45) Beyspiele kommen vor in *§. 5. I. de action. L. un. §. ult. D. si quis ius dic. non obtemp. L. 24. D. de in ius voc. L. 5. §. ult. D. ne quis eum, qui in ius voc. L. 1. §. ult. D. de eo, per quem fact. erit. L. ult. D. de edendo. L. 5. §. 5. D. de his, qui effuder. L. 9. §. 1. D. quod falso tutor. auct. L. 14. pr. et L. 16. D. de aqua et aquae pluv. arc. L. 1. pr. D. de publican. L. 21. L. 22. §. ult. D. de liberali causa. L. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, qui. L. 9. §. ult. D. de reb. auct. iudic. possid.* u. a. m.

utilis aber ganz der Billigkeit der Prätoren, und der ihrem Beyspiel folgenden Interpretation der römischen Rechtsgelehrten ihren Ursprung verdankt, doch nie zur allgemeinen Regel geworden ist. Haben die Gesetze zwar ein *tempus utile* zur Dauer eines Rechtsmittels ausdrücklich vorgeschrieben, aber in Ansehung dieser besondern Berechnungsart keine nähere Bestimmung noch Einschränkung beygefügt, so ist ein solcher Zeitraum sowohl in Rücksicht des Anfanges als Fortganges *utiliter* zu berechnen [46]). Diese Regel beruhet auf dem bekannten Grundsatz: lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere.

Justinian hat zwar in einigen Fällen, z. B. bey der prätorischen Restitution [47]), das in den ältern Gesetzen vorgeschriebene tempus utile abgeschafft, und in ein continuum verwandelt; allein es würde den Regeln einer gesunden Auslegung zuwider seyn, wenn wir dieses auch auf alle übrigen Fälle ausdehnen wollten. Denn scheint gleich der Grund, welchen dieser Kaiser selbst in einer gewissen Verordnung [48]) anführt, daß nämlich die Berechnungsart des temporis utilis mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey, ganz allgemein zu seyn, so kann doch das, was von besondern Fällen verordnet ist, als allgemeine Aufhebung des temporis utilis um so weniger betrachtet werden, da die

vier-

46) GENTILIS cit. loc. sagt: *Si de utili simpliciter dicitur, totum utile adsumi tempus oportet, si quidem nostrum non est, distinguere.*

47) *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

48) *L. 1. Cod. de annali except.*

vierjährige Zeitfrist, welche Justinian an die Stelle des bey den prätorischen Restitutionen ehemals üblich gewesenen anni utilis gesetzt hat, nicht auf jeden andern Fall paßt, in welchem kein annus utilis, sondern eine kürzere oder längere Zeit vorgeschrieben ist. Ich stimme daher ohne Bedenken der Meinung des Cujaz [49]) und Balduins [50]) bey, welche das, was Justinian in einigen besondern Fällen wegen Abschaffung des temporis utilis verordnet hat, nur für eine Ausnahme von der Regel halten [51]).

§. 269. b.

II) Natürliche und bürgerliche Zeitberechnung.

Eine andere, von der vorigen ganz verschiedene Berechnungsart der Zeit ist diejenige, da das tempus in dem römischen Rechte bald naturaliter, bald civiliter berechnet wird [52]). Diese Art der Zeitcomputation ist von

 der

49) Observation. Lib. II. cap. 18.

50) in Iustiniano Lib. III. pag. 257. (*edit. de a.* 1596. 8.)

51) Man vergleiche hier auch Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts §. 13. Nr. 4. S. 68. der ersten Ausgabe.

52) Die Hauptschrift in dieser Materie ist *Io. Conr.* RÜCKERI Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure, welche mit seinen *Observationibus et Interpretationibus* zu Leiden 1749. 8. herausgekommen ist. Jedoch ist damit zu verbinden *Ge. Frid.* HOLTZHAUER Diss. de tempore in iure civiliter ac naturaliter computando. *Regiomonti* 1779. worin jene Schrift des Rückers in manchen Stücken noch ergänzt und berichtiget worden ist. Vorzüglich aber Kochs Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. Gieß-

der erstern, von welcher bisher gehandelt worden, ganz verschieden, denn es kann ein tempus continuum in vielen Fällen eben sowohl civiliter als ein tempus utile wiederum naturaliter berechnet werden, wie in der Folge deutlicher erhellen wird.

A) Die natürliche Zeitberechnung ist diejenige, bey welcher das Jahr oder der Tag von dem Anfange des ersten Moments desselben bis zum völligen Ablauf des letzten Moments gezähltet wird. Die Gesetze sagen, cum tempus *a momento in momentum* computatur [53]). Die Fälle, wo die natürliche Zeitberechnung angewendet werden muß, lassen sich in folgende Klassen abtheilen [54]). Sie dient

I. für Rechtsverhältnisse zum Maaßstabe, die auf natürliche Eigenschaften des Menschen sich beziehen, sie betreffen nun die Entwickelung oder Abnahme seiner körperlichen oder Geisteskräfte, in sofern sie auf gewisse Stuffen des menschlichen Alters nach einem von dem gewöhnlichen Lauf der Dinge angenommenen Durchschnitt berechnet sind. Dies ist der Fall bey der zur Schließung einer Ehe [55]), ferner zur Endigung der Tutel [56]) erforderlichen Pubertät.

Nach

Giessen 1796. 8. und Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 12. ff. im Archiv für die jurid. Litteratur. 1. B. S. 596. ff.

53) *L. 3. §. 3. D. de minorib. L. 6. D. de usurpat. et usucap.*

54) Gmelin a. a. O. §. 19. S. 612.

55) *L. 4. D. de ritu nupt. L. 24. C. de nupt. Nov. 100. cap. 2.*

56) *Pr. I. Quib. mod. tut. fin. L. ult. Cod. Quando tut. vel curat. esse desinat.*

Nach der nämlichen Analogie muß auch die Zeit der Volljährigkeit berechnet werden, wenn von Endigung der Curatel die Rede ist. So kann ferner auf die Befreyung von öffentlichen Dienstleistungen für den Staat (muneribus publicis), zu deren Verrichtung vorzüglich Anstrengung körperlicher Kräfte erfordert wird, Niemand eher, als nach wirklich zurückgelegtem siebenzigsten Jahre, Anspruch machen [57].

II. Alle die Fälle, wo von dem Verlust oder der Extinction eines Rechts nach einem bestimmten Zeitverlaufe die Rede ist, qualificiren sich zu der Naturalzeitcomputation. Dahin gehört die Berechnung der geendigten Minderjährigkeit, wenn über die Zuläßigkeit der Restitution gegen ein nachtheiliges Rechtsgeschäft wegen minderjährigen Alters gestritten wird [58]. Ferner die Erlöschungszeit der Klagen [59]. Diese muß bis auf die letzte Minute abgelaufen seyn, wenn das Klagerecht des Gläubigers durch Verjährung erlöschen soll. Eben dies gilt von der Dauer der zwey Jahre bey der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [60].

III. Wenn für die Bezahlung einer Schuld eine gewisse Frist zur Erleichterung des Schuldners bestimmt ist, sie sey in einem Testament oder durch Vertrag festgesetzt,

 so

57) *L. 2. pr. D. de excusat. L. 3. D. de iure immunit.*

58) *L. 3. §. 3. D. de minor.*

59) *L. 6. D. de oblig. et action.* Das Gesetz redet zwar nur von Temporalklagen, das Nämliche gilt aber auch von perpetuirlichen. *L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. annor.*

60) *L. 8. et 9. C. de non num. pecunia.*

so kommt dem Schuldner noch der ganze letzte Tag zu gute [61]).

IV. Wenn unter Verwirkung einer Strafe für die Entrichtung einer Schuldigkeit ein gewisser Zeitraum angeordnet ist, so tritt die Strafe gegen den Saumseligen erst nach dem Verfluß des letzten Augenblicks der vollen Zeitreihe ein. Dies ist der Fall bey der Strafe, die in Verlust der Emphyteusis besteht, wenn der Emphyteuta innerhalb zwey oder drey Jahren den Canon zu bezahlen unterlassen hat [62]). Endlich

V. sind alle Zeitbestimmungen unter einem Jahre der Naturalzeitcomputation untergeordnet [63]), es sey von Tagen, Wochen oder Monatsfristen die Rede; weil die Civilzeitberechnung nur auf das Jahr beschränkt ist [64]).

B) Die bürgerliche oder Civilzeitcomputation wird hingegen diejenige genennt, bey welcher der Anfang eines gegebenen Zeitabschnittes, so bald er eingetreten, auch schon für das Ende desselben angesehen wird. Von dieser Zeitberechnung giebt es zweyerley Arten.

I. Wenn ein gewisser ganzer Hauptzeitraum gleich mit dem Anfange desselben schon für vollendet gehalten wird. Hier heißt es: *totum tempus coeptum habetur pro completo.* Dies ist der Fall bey legatis annuis. Ein solches Legat

kann

61) *L. 27. L. 42. L. 99. §. 1. D. de Verb. obligat.*

62) *L. 2. C. de iure emphyt.*

63) *L. 1. D. de glande leg. L. ult. D. de err. advoc.*

64) *L. 134. D. de Verb. Sign.*

kann gefordert werden, wenn der Legatar nur das erste Moment des angehenden Jahres erlebt hat [65]).

II. Wenn nur ein gewisser letzter Theil einer bestimmten Zeitreihe, sobald er angefangen ist, auch für vollendet geachtet wird. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

1) Wenn mit dem Anfang des letzten Tages die erforderliche Zeit vollendet ist. Hier gilt die Regel: *ultimus dies coeptus habetur pro completo.* Diese findet Statt,

a) Bey der Bestimmung der zum Testiren erforderlichen Mündigkeit. Diese tritt ein mit der ersten Stunde des Kalendertages, welcher dem Geburtstage vorhergeht [66]).

b) Bey der acquisitiven Verjährung. Diese ist vollendet, sobald der letzte Tag erschienen ist; und dieser ist nicht der Tag, an welchem man den Besitz der Sache erhielt, sondern der vorletzte Kalendertag [67]).

2) Zuweilen wollen die bürgerlichen Gesetze, daß eine bestimmte Zeit schon für erfüllt gehalten werden solle, wenn man das letztere Jahr auch nur angefangen hat. Diese Art

65) *L. 5. L. 8. D. de legat. annuis.*

66) *L. 5. D. qui testam. fac. poss.* S. Koch in den angeführten Belehrungen §. 13. und Gmelin a. a. O. §. 17. S. 607. ff.

67) *L. 6. et 7. D. de usurp. et usucap.* Die ältern römischen Juristen vor Ulpian sahen auf den letzten Besitztag, und rechneten blos diesen civiliter, wie aus *L. 15. pr. D. de div. temp. praescr.* erhellet. S. Kochs Belehrungen §. 12. S. 89. ff. auch Gmelin a. a. O. §. 16. S. 606.

Art der bürgerlichen Zeitberechnung findet besonders bey der Bewerbung um öffentliche Ehrenstellen und Aemter im Staate ihre Anwendung, bey welcher zwar ein Alter von fünf und zwanzig Jahren gesetzlich vorgeschrieben ist, jedoch der Anfang des letzten Jahres so gut als dessen Vollendung angesehen werden soll [68]). Auf andere Fälle hingegen, z. B. wenn die Gesetze ein gewisses Alter erfordern, um von einem lästigen Amte befreyet zu seyn, ist diese Computation nicht anzuwenden [69]). Auch wenn der Testirer in seiner letzten Willensverordnung, z. B. zur Ablieferung eines Fideicommisses ein gewisses Alter vorgeschrieben hat, so muß das letzte Jahr nicht blos angefangen, sondern vollendet seyn [70]), wofern nicht aus den Worten des Testaments und andern Umständen zu ersehen ist, daß es der Absicht und dem Willen des Testirers gemäß sey, den Anfang des letztern Jahres auch schon für dessen Vollendung anzunehmen [71]).

Nicht selten haben die Gesetze eine gewisse Zeit bestimmt, ohne zu erwähnen, ob sie naturaliter oder civiliter gerech-

68) *L. 8. D. de munerib. et bonor.* Hoc in honoribus FAVORIS CAUSA constitutum est, ut pro plenis inchoatos annos accipiamus.

69) *L. 3. D. de iure immunit.*

70) *L. 49. pr. et §. 1. D. de legat. I. L. 48. D. de condit. et demonstrat. L. 5. Cod. Quando dies legator. cedat. Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IX. Qu. 83.

71) *L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell.* S. RÜCKER cit. Diss. Cap. III. §. 9. *Io.* HOP. Diss. ad L. 74. §. 1. D. ad SCt. Treb. *Lugd. Batav.* 1748. Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 561. und Woltärs Hallische jurist. Bibliothek. 2. Versuch. S. 191. f.

gerechnet werden soll[72]). Welche von beyden Berechnungsarten wird in solchen Fällen wohl Statt finden? Rücker[73]) giebt folgende Regel: die bürgerliche Zeitrechnung sey anzuwenden, wenn dadurch die Umstände desjenigen verbessert werden, dem das Gesetz eine gewisse Zeit vorgeschrieben hat. Man müsse hingegen bey der natürlichen Zeitberechnung bleiben, wenn durch die bürgerliche der Zustand desselben verschlimmert werden würde. Denn der Grund, warum in dem römischen Rechte die Zeit nicht auf einerley Art, sondern bald natürlich, bald bürgerlich gerechnet werde, sey blos die Billigkeit. — Es kann freylich nicht geläugnet werden, daß die römischen Gesetzgeber in verschiedenen Fällen bey Bestimmung der Zeit die Art ihrer Berechnung nach jener Regel abgemessen haben. So z. E. würde man bey der extinctiven Verjährung der Klagen die Lage des Gläubigers, dem das Gesetz eine gewisse Zeit zur Anstellung seiner Klage verstattet, offenbar verschlimmern, ja man würde ihn gegen die Absicht des Gesetzes früher um sein Recht bringen, wenn man diese Zeit civiliter rechnen wollte. Daher ist bey der Verjährung der Klagen die natürliche Zeitrechnung eingeführt, damit Niemand das Seinige eher verlieren möge, als bis der letzte Tag der gesetzten Zeit gänzlich verflossen ist[74]).

 Im

72) Beyspiele enthalten *L. 3. D. de requir. vel absent. damn. L. 13. D. de div. tempor. praescr. L. 12. C. ad L. Corn. de fals. L. 29. §. 5. et 6. D. ad L. Iul. de adult. L. 5. Cod. eod. L. 27. Cod. de testam. Nov. XXIII. c. 1. L. 5. §. 4. Cod. de tempor. appellat.* u. a. m.

73) cit. Dissertat. Cap. V. §. 9.

74) *L. 6. D. de oblig. et actionib.*

Im Gegentheil wenn man bey Testamenten die Zeit der dazu erforderlichen Pubertät natürlich rechnen wollte, so würde dieses dem Testirer zum Nachtheil gereichen. Denn nun würde auch dann das Testament nicht gelten, wenn er es am Geburtstage seines vierzehnten Jahres jedoch noch vor dem Eintritt der Geburtsstunde gemacht hätte. Man erklärte also das Alter der Testamentsfähigkeit nach der Billigkeit, und ließ hier die Civilcomputation gelten [75]. Allein ob deswegen jene Regel auch in allen übrigen Fällen als Entscheidungsgrund der einen oder der andern von den Gesetzen angenommenen Zeitberechnung zu erweisen seyn möchte, so daß dadurch eine solche Rechtsanalogie begründet werden könnte, welche Rücker daraus hat herleiten wollen, daran zweifle ich sehr. Denn so finden wir erstlich viele Fälle in unsern Gesetzen, wo die Zeit nach ausdrücklicher Vorschrift derselben natürlich gerechnet werden soll, ohnerachtet, wie Rücker selbst nicht läugnen kann, die bürgerliche Computation weit vortheilhafter gewesen wäre [76]. Zum andern können Fälle vorkommen, wo der einen Parthey die natürliche, der andern Parthey hingegen die bürgerliche Zeitrechnung vortheilhafter ist [77]. Welche von beyden Berechnungsarten wird hier den Vorzug haben? Die

75) *L. 5. D. qui testam. fac. possunt.*

76) Beyspiele kommen vor in *L. 1. §. 3. D. de postul. pr. I. quib. mod. tut. finit. L. 4. D. de ritu nuptiar. L. 24. Cod. de nupt. L. ult. Cod. quando tut. esse desin. Nov. 100. cap. 2. pr.*

77) Ein Beyspiel hiervon giebt die in den Gesetzen zur Verjährung der Verbrechen bestimmte Zeit, bey welcher die natürliche Computation dem beleidigten Theile, die bürgerliche Berechnungsart hingegen dem Verbrecher vortheilhafter ist.

Die Rückersche Regel giebt hiervon keine Entscheidungsnorm. Endlich drittens wenn in einem vorkommenden Falle nun würklich die bürgerliche Zeitrechnung für den Zustand einer Person, welcher eine gewisse Zeit schlechthin vorgeschrieben ist, vortheilhafter seyn möchte, welche Art der bürgerlichen Computation wird hier statt finden? soll das nur erst angetretene letztere ganze Jahr für schon verflossen, oder soll nur der letztere Tag dieses letztern Jahres, wenn er gleich noch nicht völlig verflossen ist, dennoch für schon zurückgelegt gehalten werden? Auch für diesen Fall ist die Rückersche Regel ganz unbrauchbar. Mich dünkt, wenn bey einer gewissen Zeitbestimmung, sie komme in den Gesetzen, oder in andern erklärten Willensverordnungen, z. B. in einem Testamente oder in einem Vertrage, vor, die Art ihrer Berechnung nicht ausdrücklich beygefügt ist, so sey die Frage, ob in dem vorkommenden Falle die Zeit natürlich oder bürgerlich zu computiren, bloß nach den Regeln der Auslegungskunst zu entscheiden. Man hat daher sowohl aus den gebrauchten Ausdrücken als aus der Absicht und den Endzweck des Urhebers einer solchen Zeitbestimmung zu beurtheilen, welche von beyden Berechnungsarten in dem vorliegenden Falle statt finde [78]. So entspricht bey der Verjährung der Verbrechen [79], ferner

78) Ein Beyspiel giebt die *L. 74. §. 1. D. ad SCt. Trebell.* wo die bürgerliche Zeitcomputation der Absicht des Testirers angemessener war, als die natürliche.

79) *L. 12. C. ad L. Cornel. de fals. L. 3. D. de requirend. reis. L. 13. D. de div. temp. praescript.* Offenbar hat der Staat das große Interesse, die Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, für die Vollstreckung der Strafe. Es ist also natürlich, daß er von der Verfolgung des Verbrechers durch die An-

ner bey der Einwendung der Appellation [80]) die natürliche Zeitberechnung der Absicht des Gesetzgebers mehr als die bürgerliche. Es tritt auch hier die Analogie von der extinctiven Verjährung ein. Ist es zweifelhaft, welche von beyden Berechnungsarten der Absicht desjenigen, von welchem die Zeitbestimmung herrührt, gemäßer sey, so ist die natürliche Computation immer die sicherste. Denn diese macht die Regel aus, und wird im Zweifel vermuthet [81]); die bürgerliche hingegen ist nur als Ausnahme von der Regel anzusehen, und kann daher anders nicht angewendet werden, als wenn besondere Gründe dieselbe rechtfertigen [82]).

§. 268. c.

Berechnung eines Jahres, Monats und Tages. Wie ist ein Schalttag zu rechnen?

Da die Zeit nach Jahren, Monaten und Tagen bestimmt wird, so kommt es noch darauf an, wie ein Jahr, ein

Anklage nicht früher ausgeschlossen werde, als bis die zu ihrer Erlöschung vorgeschriebene Zeit ganz verflossen ist. S. Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 19. Not. r. S. 628. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 66. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 523.

80) *Nov. XXIII. cap. 1.*

81) Diese findet insonderheit auch bey Verträgen statt, denen eine gewisse Zeitbestimmung ist beygefügt worden. Z. B. die für den Wiederkauf, oder in commissorischen Vertrag bestimmte Zeit muß immer ganz verflossen seyn. Vergleiche Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 3. Stück Nr. XXII. S. 344. und eines Ungenannten rechtliche Untersuchung von den Momenten des Anfanges und Endes eines Contracts, in Hrn. Prof. Siebenkees neuem juristischen Magazin 1. Bd. Nr. VII. S. 202. ff.

82) HOLTZHAUER cit. Diss. de tempore in iure civiliter ac naturali comput. §. 9. Nr. IX. sqq. et §. 11.

ein Monat und ein Tag nach Vorschrift der Gesetze zu berechnen sey [83]. So viel nun erstlich die Berechnung eines Jahres anbetrifft, so unterscheiden die Römer das Romulische, Neumäische und Julianische Jahr [84]. Das Jahr des Romulus bestand aus zehen Monaten und 304 Tagen, und wurde bis auf die Zeiten des Kaisers Theodosius wenigstens als das Trauerjahr der Wittwen beybehalten [85]. Das Jahr des Numa Pompilius hingegen bestand aus zwölf Monaten. Denn er fügte dem Jahre des Romulus noch zwei Monate, den Januar und Februar, hinzu. Der Tage des Numäischen Jahres waren

83) *Ios. Mar.* SCHNEIDT Diss. de utilitate studii chronologici in iurisprud. civili in genere et in specie de die, mense ac anno bissextili. *Wirceburgi* 1782.

84) *Io.* LALAMANTIUS exterarum fere omnium gentium anni ratio, eiusque cum Romano collatio. *Genevae* 1571. 8. et *in Thes.* GRAEVII Tom. VIII. et GRONOVII Tom. IX. *Sibr. Tetti* SICCAMA de veteri anno Rom. in Thes. *Graevii* T. VIII. p. 85. *Io. Theoph.* SEGERI Diss. de anno Romano. *Lipsiae* 1759. et in *Opusculis* ab Ill. KLÜBERO edit. Vol. I. (*Erlangae* 1788. 8.) Nr. I.

85) Daß das Trauerjahr der Wittwen, dessen *L. 1. L. 8. L. 11. D. de his qui not. infam. L. 15. C. ex quib. caus. infam. irrog. L. 1. Cod. de sec. nupt.* Erwähnung geschiehet, lange Zeit, ja bis auf die Zeiten des Theodosius nur aus zehen Monaten bestanden habe, ist aus vielen Stellen der Alten sowohl, als insonderheit aus der Verordnung des K. Theodosius selbst *L. 2. Cod. de sec. nupt.* vom Jahr Christi 382. gründlich erwiesen worden vom *Iac.* RAEVARDUS lib. I. Varior. cap. 20. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. nr. 11. sqq. und besonders vom *Alphon. a.* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XIII. nr. 9. sqq.

ren anfangs 354, hernach 355 an der Zahl. Julius Cäsar that noch zehen Tage hinzu, und so entstand das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht. Dieses macht in unsern Gesetzen die Regel aus [86]), und die angegebene Zahl der Tage bleibt die nämliche, das Jahr mag ein Calenderjahr seyn, welches mit dem 1. Januar beginnt, und sich mit dem 31. December schließt, oder ein anderes Zeitjahr, dessen Anfang auf irgend einen andern Tag fällt, z. B. das Lebensjahr eines Menschen, ein Usucapions oder Präscriptionsjahr. Ja es bleibt bey dieser Regel auch sogar in dem Falle, wenn das Jahr ein Schaltjahr ist [87]). Denn der Schalttag, welchen die Römer nach der besondern Einrichtung ihrer Kalender gleich unmittelbar nach dem Fest der Terminalien [88]), und also zwischen die sechsten und siebenten Calenden des Märzmonats, d. i. nach unserer Zeitrechnung zwischen den 23. und 25. Februar einrückten, und der allemal nach unserm Calender der 24. Februar ist [89]), wurde nicht als ein besonderer Tag aufgeführt, son-

86) *L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 4. §. 5. D. de statu lib. L. 134. D. de Verb. Signific.* Conf. CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XII. §. V. nr. 51.

87) S. ZURNERI et BERGERI Dissertationes de anno intercalari. besonders aber Kochs Belehrungen §. 9. und Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 8. ff. (im Archiv. I. 588.).

88) CENSORINUS de die natali cap. 20.

89) MACROBIUS Saturnal. lib. I. cap. 13. sagt ganz deutlich: *Februario post XXIII. diem. intercalabant*; und Ebenderselbe cap. 14. *Intercalabatur ante quinque dies ultimos Februarii.* Der Grund, warum der dies intercalaris dem Monat Februar und zwar nach dem Fest der Terminalien eingeschaltet wurde, war unstreitig dieser, um nicht die Ordnung der Festtäge zu ver-

sondern mit dem 25. Februar für einen Tag gerechnet. Die Römer nannten diese zwey Tage, die im Schaltjahr unter VIto Calendarum Martii im Calender aufgeführt wurden, den bissextum; welcher also eigentlich aus zwey natürlichen Tagen bestand, von denen, nach römischer Art zu rechnen, nach welcher die Calenden eines Monats immer rückwärts in den vorhergehenden hineinliefen, der dies posterior bissexti, nach unserm Calender der 24. Februar, der Schalttag (dies intercalaris), der dies prior aber, oder nach unserm Calender der 25. Februar, der Haupttag war [90]). Folgendes Schema wird die Sache deutlich machen:

23. Febr.

verwirren. Denn die Religion hatte auf die Intercalation den meisten Einfluß, wie Macrobius a. a. O. aus wichtigen Beyspielen erweißt. Alle Unordnung wurde aber dadurch verhütet, daß Julius Cäsar den Schalttag erst nach den Terminalien einschalten ließ, denn diese waren im ganzen Jahr das letztere Fest, welches die Römer noch nach Vorschrift des Königs Numa feyerten. OVIDIUS. *Fastor. lib. II. v. 49.* Ueberdem bestand der Monat Februar Anfangs nur aus 23 Tagen, die übrigen fünf Tage dieses Monats waren in dem Jahr des Numa ehemals bloße Schalttage. S. MUNCKER de Intercalation. variar. gentium. pag. 95. sqq.

90) CELSUS sagt *L. 98. pr. D. de Verb. Signific.* Cum BISSEXTUM Calendis est: nihil refert, utrum *priore* an *posteriore die*: quis natus sit, et deinceps sextum calendas eius natalis dies est: NAM ID BIDUUM PRO UNO DIE HABETUR: sed *posterior dies intercalatur*, non *prior*; ideo quo anno intercalatum non est, sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. Vortreflich erläutert diese von vielen mißverstandene Stelle *Christ. Henr.* BREUNING in Diss. iuris civ. ad CELSUM in L. 98. D. de Verbor. Significat. *Lipsiae* 1757. Es ist also ein offenbarer Irrthum, wenn BACHOVIUS

in

23. Febr.	VII. Cal. Martii
24. Febr.	VI. b. Cal. Martii
25. Febr.	VI. a. Cal. ——
26. —	V. Cal. ——
27. —	IV. Cal. ——
28. —	III. Cal. ——
29. Febr.	Pridie Cal. Martii
1. März	Calendae Martii.

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß der bissextus, oder der dies sextus posterior und prior Calendarum, d. i. der 24. und 25. Februar in einem Schaltjahre juristisch für einen Tag gerechnet werden, hat wichtige practische Folgen, welche auf die Entscheidung mancherley Rechtsfälle grossen Einfluß haben. Dahin gehört einmahl die Entscheidung der Frage, wenn ehe ein Minderjähriger für majorenn zu halten sey, welcher entweder in einem Schaltjahre gebohren worden, oder wenn das fünf und zwanzigste Jahr seines Alters ein Schaltjahr ist? Celsus entscheidet diese Frage zu Folge jener Berechnungsart dahin, daß, wenn der Minderjährige in einem Schaltjahre gebohren worden, er mag nun priore (den 25. Febr.) oder posteriore bissexti die (den 24. Febr.) gebohren seyn, derselbe, wenn das fünf und zwanzigste

in Comm. in primam partem Digestor. pag. 1056. VOET in Comm. ad Pand. lib. IV. Tit. 4. §. 3. de COCCEJI in iure civ. controv. lib. IV. Tit. 4. Qu. 1. den 25. Febr. in einem Schaltjahre für den diem posteriorem, qui intercalaretur, und also für den Schalttag halten wollen. Man s. vielmehr BREUNING cit. Diss. Cap. II. pag. 7. und Kochs Belehrungen S. 46. ff. auch Carl Heinrich Fetzers Bemerkungen über den Schalttag, in desselben Versuchen zur Bildung des Römischen Rechts. Heilbronn 1802. 8. Nr. I.

zigste Jahr seines Alters kein Schaltjahr ist, am 24. und nicht erst am 25sten Februar majorenn werde[91]); hingegen wenn derselbe am 24. Februar eines gewöhnlichen Jahres gebohren worden, das fünf und zwanzigste Jahr aber ein Schaltjahr ist, die Majorennität nicht eher als nach zurückgelegtem 25sten Februar eintrete, mithin demselben, wenn er noch an diesem letztern Tage, jedoch vor dem Ablauf seiner Geburtsstunde, ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gestatten sey[92]). Denn durch die Darzwischenkunft des Schalttags, welcher nicht besonders gezählet wird, fällt der Geburtstag des Minderjährigen immer auf den ersten Tag vom bissexto, und also auf den 25sten Februar, und so lange dieser nicht verflossen ist, kann derselbe nicht für majorenn gehalten werden, weil, wie Ulpian[93]) selbst hierbey bemerkt hat, die Zeit der Minderjährigkeit a momento in momentum gerechnet wird. Eben so ist es auch bey der Verjährung der Klagen, wo der Schalttag dem

91) Die Entscheidung dieses Falles führt Ulpian *L. 3. §. 3. D. de minorib. XXV. ann.* aus dem Celsus mit folgenden Worten an: Proinde et si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, CELSUS scripsit, nihil referre: *nam id biduum pro uno die habetur; et posterior dies Calendarum intercalatur.*

92) Die hierher gehörigen Worte aus der *L. 98. pr. D. de Verb. Signif.* sind schon Not. 90. angeführt worden. Add. *Iul. a* BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. Tit. de minoribus §. 2. und Gmelin a. a. O. §. 14.

93) *L. 3. §. 3. D. de minorib. XXV. ann.*

dem Gläubiger zu gute geht, wider welchen die Verjährung läuft [94]. Wenn hingegen bey der Usucapion der Besitz in einem Schaltjahre angegangen war, es mochte nun am Schalttage, oder an dem gewöhnlichen VIto ante Calendas Martias derselbe sich angefangen haben; so war im Anfange des VIti ante Calendas Martias allemal die Verjährung vollendet [95]. Jedoch darf nicht unbemerkt gelassen werden, daß der Schalttag nur alsdann nicht besonders gerechnet wird, wenn eine gewisse Zeit überhaupt nach Monaten oder Jahren bestimmt ist [96]. Denn wenn die Gesetze

94) *L. 2. D. de diverſ. temp. praeſcript.* In tempore conſtituto iudicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, nec ne, debeat, quaeritur? Item de tempore, quo lis perit? Sic ſine dubio exiſtimandum eſt, ut auctum litis tempus intercalari die exiſtimetur, veluti ſi de uſucapione ſit quaeſtio, quae tempore conſtituto expleri ſolet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. In zweyerley Fällen wirft Marcellus die Frage auf, ob der Schalttag mit in Rechnung komme? einmal bey rechtskräftigen Erkenntnissen, und dann bey der Verjährung. In beyden ist dieselbe verneinend zu entscheiden. Zwar läßt sich der Jurist nur hauptsächlich auf den Fall der Verjährung ein. Allein daß es bey den iudicatis eben so sey, ist darum ausser Zweifel, weil nach den Verordnungen der Kaiser das tempus iudicati in mehreren Monaten bestehet, *L. 2. et 3. Cod. de uſur. rei iudic.* daher ist auch in diesem gesetzlichen Zeitraume der Schalttag nicht besonders zu rechnen, sondern geht dem Schuldner zu gute.

95) Cit. *L. 2. D. de div. temp. praeſcript.*

96) S. VOET in Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. und Westphals System des R. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 595. S. 468. f.

setze [97]) oder die Partheyen eine bestimmte Anzahl von Tagen für eine gewisse Handlung festgesetzt haben, so macht der Schalttag einen besondern Tag aus, und kommt mit in Rechnung [98]). Da in unsern Kalendern der Schalttag immer als ein besonderer Tag aufgeführt wird, und bey uns eigentlich der 29. Februar ist [99]); so entsteht die Frage, ob die Lehre des römischen Rechts von der Berechnung des Schalttages noch heutiges Tages Nutzen habe? Hr. Prof. Westphal [100]) zweifelt daran. Allein der heutige Gebrauch

97) Z. B. bey der Appellation die Frist der zehn Tage, bey Quittungen der Zeitraum von dreyßig Tagen. *L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.*

98) Marcellus bemerkt dieses in der angeführten *L. 2. D. de div. temp. praescript.* in folgenden Worten: Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori. Mihi contra videtur. In dieser Stelle muß statt Et, *Sed*, statt tempori, *emtori*, und nach diesem Worte ein Fragzeichen gesetzt werden, wie schon BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. 8. pag. 249. sq. erinnert hat. Denn hier wird nicht eines andern Rechtsgelehrten Meinung angeführt, welche Marcellus etwa hätte widerlegen wollen. In den *Basilic.* Lib. I. Tit. 3. nr. 2. (bey MEERMANN in *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 86.) ist der Sinn dieser Stelle ganz deutlich folgendermassen ausgedrückt: *Dies bissextus non adiicitur emtori, cum convenerit, ut venditum intra dies triginta non dato pretio inemtum esset.*

99) SCHNEIDT cit. Diss. de utilitate studii chronologici. Sect. I. §. 24. Anderer Meinung ist Koch in den Belehrungen §. 9. dem auch Thibaut im System des P. R. 1. Th. §. 128. beystimmt. Allein man s. den 5. Th. dieses Commentars §. 457. Not. 81. S. 543.

100) Westphal a. a. O. S. 469.

brauch des rechtlichen Grundsatzes, daß nämlich der Schalttag, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Anzahl von Tagen ankommt, nicht besonders zu rechnen, sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinn nur für einen Tag zu halten sey, läßt sich um so weniger bezweifeln, da auch das Canonische Recht diesen Rechtssatz annimmt [1]).

Soviel hiernächst die Berechnung der monatlichen Zeitfristen anbetrifft [2]), so kommt es darauf an, ob eine gewisse Zeit nur überhaupt nach Monaten bestimmt, oder ob namentlich der erste eines jeden Monats (Calendae) dergestalt festgesetzt worden, daß der Termin immer von dem ersten bis wieder zum ersten des folgenden Monats gerechnet werden solle. Im ersten Falle werden sowohl nach römischen als teutschen Rechten dreyßig Tage auf einen Monat gerechnet [3]). Im letztern Falle hingegen kommt es darauf an, wie viel Tage ein jeder Monat in dem Kalender hat [4]). Ein Schaltmonat bestand bey den Römern immer

1) *Cap. 14. X. de Verb. Signif.* Mit mir stimmen überein *van* BYNKERSHOEK cit. loc. pag. 247. VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus XXV. annis §. 1. SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 24. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. Tit. de minorib. §. 2.

2) Siegfr. Altwein Diss. de legali mensium tempore seu spatio menstruo, von Monatsfristen. *Altdorfii* 1693. 4.

3) *L. 101. D. de div. Reg. iur. L. 28.* vergl. mit *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edict. Nov. CXV. cap. 2.* So werden auf 3 Monate 90 Tage, auf 2 Monate 60 Tage gerechnet. *L. 3. §. ult. D. de suis et legitim. hered. L. 28. et L. 38. D. de aedilit. edicto.* S. Struben rechtliche Bedenken. Th. 1. Bed. 47.

4) SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 33. pag. 26.

immer nur aus 28 Tagen [5]), weil der bissextus im Monat Februar nur für einen Tag gezählt wurde, wie bereits oben bemerkt worden ist. Nach unserm Kalender besteht nun zwar der Schaltmonat aus 29 Tagen, allein er begreift dessen ungeachtet auch noch heut zu Tage im rechtlichen Sinn nicht mehr als 28 Tage in sich [6]).

Ich komme noch zuletzt auf die Berechnung einzelner Tage. Diese ist in dem römischen Rechte zweyfach,

 die

5) *L. 98. §. 2. D. de Verb. Signif.* Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen diese Worte von dem Schaltmonate des Rumäischen Jahres verstehen, welchen Julius Cäsar aufgehoben hat. Man sehe SICCAMA de vet. anno Rom. Th. 12. LALAMANTIUS de anno Rom. in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 276. PUTEANUS de bissexto in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 451. SCALIGER de emendat. tempor. l. c. pag. 177. A BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. Allein diese irrige Meinung haben *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signific. ad h. L. pag. 218. und BREUNING cit. Diss. Cap. II. in fin. hinlänglich widerlegt. Unmittelbar vorher gedenkt zwar Celsus des alten vom Julius Cäsar aufgehobenen Schaltmonats, und bemerkt, daß man die nach dem 23. Februar hinzugefügte fünf Tage nicht mitgezählet, sondern nach der Meinung des Cato pro momento temporis gehalten, welches demjenigen zu gute gekommen, dem z. B. in dem Februar etwas zu bewirken oder zu erfüllen obgelegen. Allein Celsus braucht dies nur als einen Grund, warum der vom Julius Cäsar eingeführte Bissexius ebenfalls nur für einen Tag zu rechnen sey. S. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. corpore, Tom. I. pag. 191. sqq.

6) S. Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 10.

dem Gläubiger zu gute geht, wider welchen die Verjährung läuft [94]). Wenn hingegen bey der Usucapion der Besitz in einem Schaltjahre angegangen war, es mochte nun am Schalttage, oder an dem gewöhnlichen VIto ante Calendas Martias derselbe sich angefangen haben; so war im Anfange des VIti ante Calendas Martias allemal die Verjährung vollendet [95]). Jedoch darf nicht unbemerkt gelassen werden, daß der Schalttag nur alsdann nicht besonders gerechnet wird, wenn eine gewisse Zeit überhaupt nach Monaten oder Jahren bestimmt ist [96]). Denn wenn die Gesetze

94) *L. 2. D. de diverſ. temp. praeſcript.* In tempore conſtituto iudicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, nec ne, debeat, quaeritur? Item de tempore, quo lis perit? Sic ſine dubio exiſtimandum eſt, ut auctum litis tempus intercalari die exiſtimetur, veluti ſi de uſucapione ſit quaeſtio, quae tempore conſtituto expleri ſolet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. In zweyerley Fällen wirft Marcellus die Frage auf, ob der Schalttag mit in Rechnung komme? einmal bey rechtskräftigen Erkenntnissen, und dann bey der Verjährung. In beyden ist dieselbe verneinend zu entscheiden. Zwar läßt sich der Jurist nur hauptsächlich auf den Fall der Verjährung ein. Allein daß es bey den iudicatis eben so sey, ist darum ausser Zweifel, weil nach den Verordnungen der Kaiser das tempus iudicati in mehreren Monaten bestehet, *L. 2. et 3. Cod. de uſur. rei iudic.* daher ist auch in diesem gesetzlichen Zeitraume der Schalttag nicht besonders zu rechnen, sondern geht dem Schuldner zu gute.

95) Cit. *L. 2. D. de div. temp. praeſcript.*

96) S. VOET in Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. und Westphals System des R. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 595. S. 468. f.

setze [97]) oder die Partheyen eine bestimmte Anzahl von Tagen für eine gewisse Handlung festgesetzt haben, so macht der Schalttag einen besondern Tag aus, und kommt mit in Rechnung [98]). Da in unsern Kalendern der Schalttag immer als ein besonderer Tag aufgeführt wird, und bey uns eigentlich der 29. Februar ist [99]); so entsteht die Frage, ob die Lehre des römischen Rechts von der Berechnung des Schalttages noch heutiges Tages Nutzen habe? Hr. Prof. Westphal [100]) zweifelt daran. Allein der heutige Ge-

 brauch

97) Z. B. bey der Appellation die Frist der zehn Tage, bey Quittungen der Zeitraum von dreyßig Tagen. *L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.*

98) Marcellus bemerkt dieses in der angeführten *L. 2. D. de div. temp. praescript.* in folgenden Worten: Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori. Mihi contra videtur. In dieser Stelle muß statt Et, *Sed,* statt tempori, *emtori,* und nach diesem Worte ein Fragzeichen gesetzt werden, wie schon BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. 8. pag. 249. sq. erinnert hat. Denn hier wird nicht eines andern Rechtsgelehrten Meinung angeführt, welche Marcellus etwa hätte widerlegen wollen. In den *Basilic.* Lib. I. Tit. 3. nr. 2. (bey MEERMANN in *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 86.) ist der Sinn dieser Stelle ganz deutlich folgendermassen ausgedrückt: *Dies bissextus non adiicitur emtori, cum convenerit, ut venditum intra dies triginta non dato pretio inemtum esset.*

99) SCHNEIDT cit. Diss. de utilitate studii chronologici. Sect. I. §. 24. Anderer Meinung ist Koch in den Belehrungen §. 9. dem auch Thibaut im System des P. R. 1. Th. §. 128. beystimmt. Allein man s. den 5. Th. dieses Commentars §. 457. Not. 81. S. 543.

100) Westphal a. a. O. S. 469.

brauch des rechtlichen Grundsatzes, daß nämlich der Schalttag, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Anzahl von Tagen ankommt, nicht besonders zu rechnen, sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinn nur für einen Tag zu halten sey, läßt sich um so weniger bezweifeln, da auch das Canonische Recht diesen Rechtssatz annimmt [1]).

Soviel hiernächst die Berechnung der monatlichen Zeitfristen anbetrifft [2]), so kommt es darauf an, ob eine gewisse Zeit nur überhaupt nach Monaten bestimmt, oder ob namentlich der erste eines jeden Monats (Calendae) dergestalt festgesetzt worden, daß der Termin immer von dem ersten bis wieder zum ersten des folgenden Monats gerechnet werden solle. Im ersten Falle werden sowohl nach römischen als teutschen Rechten dreyßig Tage auf einen Monat gerechnet [3]). Im letztern Falle hingegen kommt es darauf an, wie viel Tage ein jeder Monat in dem Kalender hat [4]). Ein Schaltmonat bestand bey den Römern immer

1) *Cap. 14. X. de Verb. Signif.* Mit mir stimmen überein *van* BYNKERSHOEK cit. loc. pag. 247. VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus XXV. annis §. 1. SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 24. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. Tit. de minorib. §. 2.

2) Siegfr. Altwein Diss. de legali mensium tempore seu spatio menstruo, von Monatsfristen. *Altdorfii* 1693. 4.

3) *L. 101. D. de div. Reg. iur. L. 28.* vergl. mit *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edict. Nov. CXV. cap. 2.* So werden auf 3 Monate 90 Tage, auf 2 Monate 60 Tage gerechnet. *L. 3. §. ult. D. de suis et legitim. hered. L. 28. et L. 38. D. de aedilit. edicto.* S. Struben rechtliche Bedenken. Th. 1. Bed. 47.

4) SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 33. pag. 26.

immer nur aus 28 Tagen [5]), weil der bissextus im Monat Februar nur für einen Tag gezählt wurde, wie bereits oben bemerkt worden ist. Nach unserm Kalender besteht nun zwar der Schaltmonat aus 29 Tagen, allein er begreift dessen ungeachtet auch noch heut zu Tage im rechtlichen Sinn nicht mehr als 28 Tage in sich [6]).

Ich komme noch zuletzt auf die Berechnung einzelner Tage. Diese ist in dem römischen Rechte zweyfach, die

5) *L. 98. §. 2. D. de Verb. Signif.* Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen diese Worte von dem Schaltmonate des Numäischen Jahres verstehen, welchen Julius Cäsar aufgehoben hat. Man sehe SICCAMA de vet. anno Rom. Th. 12. LALAMANTIUS de anno Rom. in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 276. PUTEANUS de bissexto in *Thes. Gr.* T. VIII. pag. 451. SCALIGER de emendat. tempor. l. c. pag. 177. a BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. Allein diese irrige Meinung haben *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signific. ad h. L. pag. 218. und BREUNING cit. Diss. Cap. II. in fin. hinlänglich widerlegt. Unmittelbar vorher gedenkt zwar Celsus des alten vom Julius Cäsar aufgehobenen Schaltmonats, und bemerkt, daß man die nach dem 23. Februar hinzugefügte fünf Tage nicht mitgezählet, sondern nach der Meinung des Cato pro momento temporis gehalten, welches demjenigen zu gute gekommen, dem z. B. in dem Februar etwas zu bewirken oder zu erfüllen obgelegen. Allein Celsus braucht dies nur als einen Grund, warum der vom Julius Cäsar eingeführte Bissextus ebenfalls nur für einen Tag zu rechnen sey. S. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. corpore, Tom. I. pag. 191. sqq.

6) S. Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 10.

die bürgerliche und die natürliche. Nach der erstern enthält ein Tag, man mag seinen Anfang rechnen, von welchem Moment oder Zeitpunct man will, einen fortlaufenden Zeitraum von 24 Stunden; und ein solcher Tag ist nun entweder ein Kalendertag, oder ein zufälliger Zeittag. Ein Kalendertag wird sowohl nach dem römischen als heutigem Rechte von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [7]). Ein Zeittag ist hingegen ein solcher Zeitraum von 24 Stunden, der von einem andern Zeitpunct anfängt, als von 12 Uhr zu Mitternacht. Z. E. der Lebenstag eines Menschen, der Tag, an welchem eine Sentenz publicirt worden ist [8]). Die unmittelbar auf einander folgende Stundenreihe eines Kalendertages theilten nun die Römer in vier gleiche Theile ab, nämlich in zwey Nachthälften, und zwey zwischen inne liegende Tagehälften, wovon diese die Tageszeit (*lux*), jene aber die Nacht (*nox*, *tenebrae*) ausmachten. Die Tageszeit bestand aus 12 Stunden, und aus eben so viel Stunden auch die Nachtzeit. Daher war die sechste Stunde des Tages die Mittagszeit, und die sechste Stunde der Nacht die Mitternacht [9]). Mit der siebenten Stunde

7) *L. 8. D. h. t.* More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur: itaque quicquid in his viginti quatuor horis (id est duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

8) S. Kochs Belehrungen §. 2. ff.

9) S. *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 13. (*Basiliae* 1544. fol. und in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1544.) *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signif. ad L. 2. §. 1. h. t. pag. 7. und *Ulr.* HUBERUS in Praelection. iuris civ. ad Pand. h. t. §. 7.

Stunde nach Mitternacht nahm also der dies civilis seinen Anfang [10]). Hieraus erhalten viele Stellen in unserm römischen Gesetzbuche ihr Licht, in welchen der *hora sexta diei*, und der *hora sexta noctis* Erwähnung geschieht [11]). Was nun in jeder der 24 Stunden, woraus der bürgerliche Tag zusammengesetzt ist, und wär es auch in einer der beyden Nachthälften, vorgefallen oder gehandelt worden ist, von dem sagt man, es ist an dem Tage geschehen [12]). Nach der natürlichen Computation wird hingegen der Tag von dem Aufgang der Sonne bis zum Untergang derselben gerechnet wird [13]). Der bürgerliche Tag macht jedoch die Regel aus bey allen rechtlichen Fristen, binnen welchen etwas geschehen muß [14]).

10) *Constantin.* HARMENOPULUS Lib. VI. Tit. III. sagt: *Dies a septima noctis hora incipit, et in sextam sequentis noctis terminatur.*

11) Man vergleiche z. E. *L. 5. D. qui testam. fac. poss. L. 7. D. de usurpat. et usucap. L. 1. D. de manumission. L. 2. D. de annuis legat. L. 25. §. 1. D. de lib. et posthum.* Add. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen ꝛc. §. 594. S. 467.

12) Dies, und nichts anders, will Paulus in der (Not. 7.) angeführten *L. 8. D. de feriis* sagen. Eine Stelle, die so deutlich ausgedrückt ist, daß Kochs Belehrungen §. 8. S. 29. ff. darüber ganz unnöthig waren. Den besten Commentar darüber giebt GELLIUS in *Noct. Attic.* Lib. III. cap. 2. Man sehe auch Gmelin über Zeit und Zeitberechnung §. 5.

13) *L. 2. §. 1. D. de Verb. Signif.* Man sehe über diese Stelle Gmelin a. a. O. §. 6.

14) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. und MALBLANC Dig. h. t. §. 234.

Es sey mir erlaubt, am Schluß dieser Materie noch die Frage kürzlich zu erörtern, wie der Zeitraum zu bestimmen sey, welchen die Benennung Jahr und Tag in sich schließt? Es ist nämlich bekannt, daß nicht nur in verschiedenen teutschen Gesetzen bey Verjährungen, Retracten u. s. w., sondern auch nicht selten in Verträgen und Contracten, z. E. Heyrathsverträgen, Schenkungen, Wiederkäufen rc. der Zeitbestimmung eines Jahres noch die Frist eines Tages beygefügt wird. Haben nun in solchen Fällen die statutarischen Rechte eines Landes, nach denen solche Geschäfte zu beurtheilen sind, oder haben entschiedene Gewohnheiten des Orts, oder die Contrahenten selbst schon bestimmt, was für ein Zeitraum unter dem bemerkten Ausdruck verstanden werden solle, so hat die Sache weiter keine Schwierigkeit [15]). Fehlt es aber an solchen besondern Bestimmungsnormen, so wollen verschiedene Rechtsgelehrten bey

15) So z. B. wird in Sachsen unter dem Tag, welcher der gesetzlichen Bestimmung einer Jahresfrist beygefügt wird, eine Zeit von 6 Wochen und 3 Tagen verstanden. Man nennt diesen Zeitraum eine Sächsische Frist. S. *Christ.* WILDVOGEL Dissput. de termino Saxonico, von sächsischer Frist. *Ienae* 1700. Ausserhalb Sachsen wird an vielen Orten unter Jahr und Tag nur ein Jahr und ein einziger natürlicher Tag von 24 Stunden verstanden. Z. B. in dem Herzogthum Würtemberg bey Ausübung des Retracts. S. FROMMANN Diss. de iure retractus Würtenbergico §. 21. Ferner in Hamburg und Lübeck wird bey Verjährungen unter der Benennung Tag auch nur ein Zeitraum von 24 Stunden begriffen. S. MEVII Comment. ad Ius Lubecense Lib. I. Tit. VIII. Art. I. nr. 16. *Io. Gottl.* HEINECCII Diss. de praescriptione annali iuris Lubecensis, §. 8. RICCIUS c. l. pag. 117. und Walchs Näherrecht S. 225.

bey dem vorkommenden Ausdruck Jahr und Tag die Zeit von einem Jahre und einem Monate für die Regel annehmen [16]. Allein ob sich eine aus dem Longobardischen Lehnrechte [17]) hergenommene Erklärung auf teutschen Sprachgebrauch übertragen lasse, getraue ich mir um so weniger zu behaupten, da nicht einmal die Leseart des Longobardischen Textes, worauf man sich beruft, ausser Zweifel ist [18]). Ich bin daher vielmehr der Meinung, daß, in Ermangelung näherer Bestimmungsgründe, von dem gemeinen Sprachgebrauche nicht abzuweichen, und daher unter dem einer Jahresfrist beygefügten Tage im Zweifel nur ein Zeitraum von 24 Stunden zu verstehen sey [19]).

Pp 5 Da

16) Lib. Bar. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 393. Wiesand im juristischen Handbuche S. 588. Elsässer von der Bestimmung des Zeitraums, welchen die Benennung: Jahr und Tag, oder Jahr und Tage, in sich schließt: in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Band. Nr. II. S. 24. ff.

17) Man führt *II. F. 24. pr. 40. pr. 52. §. ult.* und 55. an, in welchen Texten zur Nachsuchung der Investitur ein annus et dies festgesetzt wird; und erklärt dieses vermittelst eines andern Textes *I. F. 22. §. 1.* durch ein Jahr und einen Monat.

18) Schon Cujaz hielt den Text *I. F. 22. §. 1.* für corrupt, und las statt *ultra annum et mensem* nach seinem Codex ultra annum et diem; und daß diese Leseart sehr viel für sich habe, beweißt Carl Adolph Freyh. von Braun in der Vertheidigung der Cujazianischen Lection des Textes I. F. XXII. §. 1. Sie befindet sich in des Hrn. Dir. Zepernicks Sammlung auserles. Abhandlungen aus dem Lehnrechte. 1. Th. Nr. VIII. S. 123 — 128.

19) MANTZEL in Select. iurid. Rostochiens. P. I. pag. 159. sqq. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern,

chen abschreiben, oder er dictirte ihm selbst daraus seine Klage; oder der Kläger führte seinen Gegner hin zum Album des Prätors [23]), und zeigte ihm daselbst mit dem Finger die Klagformel, deren er sich wider ihn bedienen wollte. Die Klage wurde also dem Beklagten ehemals mittelst einer gewissen Formel edirt, deren unrichtige Auswahl oder fehlerhafter Vortrag zuweilen den Verlust des ganzen Prozesses nach sich ziehen konnte [24]). Kr Theodosius der jüngere schafte jedoch diese unbillige Strenge sammt den feyerlichen Formeln im Proceß ab [25]). Damit nun aber der Beklagte auch zugleich in den Stand gesetzt werden möchte, zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle; so mußte der Kläger dem Beklagten zugleich eine Abschrift von denjenigen Urkunden mittheilen, deren sich erste-

23) Das Album des Prätors (§. 209. S. 303.) faßte also nicht blos Edicte sondern auch Klagformeln in sich. Schon CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 8. sagt von seinen Zeiten: *Sunt iura, sunt formulae, de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo — publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Die Meinung derjenigen, die ein von dem albo Edictorum ganz verschieden gewesenes album Formularum des Prätors annehmen, widerlegt Hr. Dir. ZEPERNICK in animadvers. ad SICCAMAE libr. de iudicio centumvirali Lib. I. cap. 4. not. g. pag. 31.

24) CICERO *de Invent. lib. II. c. 19.* QUINCTILIANUS *Instit. Orat. lib. VII. c. 3.* *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

25) *L. un. Cod. Theod. de omiss. action. impetrat. L. 2. Cod. Iustin. de formulis et impetrationib. action. sublatis.* SCHULTING cit. loc. §. 5.

ter zum Erweiß seiner Klage bedienen wollte [26]. Jedoch geschahe diese editio instrumentorum nur, wie Ulpian [27] sagt, sine die et consule. Denn es kam hier noch auf keinen völligen Beweiß, der erst künftig bey dem Judex Pedaneus instruirt wurde, sondern nur auf einige Information des Beklagten von dem Rechte des Klägers an. In den neuern Zeiten hat sich bey den Römern in Ansehung der Edition der Klage viel geändert. Statt den Beklagten erst vor Gericht zu rufen, pflegte der Kläger seine Klage gleich schriftlich im Gericht zu übergeben, und die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift durch den Gerichtsboten dem Beklagten mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, zustellen, wie bereits an einem andern Orte (§. 219.) ist bemerkt worden.

§. 271.

Heutiges Recht. Begriff der Klage. Bedeutung des Worts ACTIO.

Heutiges Tages wird die Klage bey dem Richter entweder mündlich oder schriftlich angebracht. Ersteres findet in summarischen Sachen statt, und es muß in diesem Falle über den mündlichen Vortrag des Klägers ein Protocoll gefaßt werden. Letzteres hingegen wird in dem ordentlichen Proceß erfordert, (§. 220. und die Schrift, in welcher die

26) *L. 1. §. 3. L. 11. D. h. t.* CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 14. NOODT in Comment. ad Digesta h. t. Tom. II. Oper. pag. 66.

27) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Editiones *sine die et Consule* fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule, et praelato die (i. e. *anteverso* s. *anticipato* die) fiat. Vid. CUJACIUS lib. III. Observat. cap. 7.

die Klage dem Richter vorgetragen, und die Bitte beygefügt wird, daß, durch Verurtheilung des Beklagten, dem Kläger zu seinem Recht verholfen werden möge, heißt das **Klageschreiben**, oder die **Klageschrift** (libellus). Dieses Anbringen des Klägers wird nun hierauf von dem Richter der an den Beklagten zu verfügenden Ladung copeylich beygefügt. (§. 228.) Da wir hier von dem Anbringen der Klage bey dem Richter handeln, so wird es vor allen Dingen nöthig seyn, erst den Begriff der Klage näher zu bestimmen [28]). Unser Verfasser sagt: ACTIO est *remedium ius suum persequendi in iudicio.* Allein dieser Begriff scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn auch die **Einrede** ist unläugbar ein Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Wie will man nun mittelst jenes Begriffs **Klage** und **Einrede** von einander unterscheiden? Man wende mir nicht ein, was Ulpian *lib. IV. ad Edictum* [29]) sagt: AGERE etiam is videtur, *qui exceptione utitur*; nam reus in exceptione actor est. Denn daß dieser uneigentliche Ausdruck nur in Ansehung des Beweises zu verstehen sey, welchen der Beklagte, wenn er Einreden vorschützt, eben so wie der Kläger, wegen des Klagegrundes, übernehmen muß, ist schon von andern bemerkt worden [30]). Selbst Ulpian

28) Ant. Aug. **Clar** Abhandlung von der Klage. **Göttingen** 1756. 4.

29) *L. 1. D. de Exceptionib.*

30) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Digesta h. t. *T. II. Oper. pag. 66.* **Adolph Dietrich Webers** Beyträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden I. Betracht. S. 16. **Ulpian** selbst läßt uns hieran nicht einen Augenblick zweifeln, wenn derselbe *L. 19. pr. D. de probat.* sich hierüber folgendermaßen

Ulpian unterscheidet an einem andern Orte *Lib.* 74. *ad Edictum* [31]) Klage und Einrede sehr genau, wenn er sagt: EXCEPTIO dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet, ad elidendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Und Paulus [32]) sagt ganz ausdrücklich *Lib.* 3. *ad Edictum:* actionis verbo non continetur exceptio. Klage heißt also vielmehr ein gerichtliches Rechtsmittel, dessen ich mich zu dem Ende bediene, damit ein Anderer verurtheilt, und von dem Richter angehalten werde, mir etwas zu leisten, was ich mit vollkommenen Rechte von ihm fordern kann [33]). Einrede hingegen ist ein gerichtliches Vertheidigungsmittel wider die Klage. Sowohl durch Klage als durch Einrede verfolgt man also sein Recht gerichtlich, aber freylich aus ganz verschiedener Absicht. Denn die gerichtliche Rechtsverfolgung mittelst der Klage geschiehet zu dem Ende, damit der Beklagte verurtheilt werde, uns etwas zu leisten. Wer hingegen mittelst einer Einrede sein Recht vor Gericht verfolgt, hat nur die Absicht, sich dadurch von dem Anspruche des Klägers, es sey ganz oder zum Theil, auf

maßen erklären: In exceptionibus dicendum est, *reum partibus actoris fungi oportere*; ipsumque exceptionem velut intentionem, implere: utputa si *pacti conventi exceptione* utatur, *docere debet, pactum conventum factum esse.*

31) *L.* 2. *pr. D. de Exceptionib.*

32) *L.* 8. *§.* 1. *D. de Verbor. Significat.*

33) Ursprünglich schränkte sich der Begriff von actio blos auf die gerichtliche Verfolgung einer obligatio ein. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts §. 101.

auf immer oder wenigstens auf eine Zeitlang, zu befreyen [34]). Wenn Justinian [35]) sagt: ACTIO nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur; so will Cujaz unter dem Wort ius eine Formel verstehen, und Hotomann [36]) diesen Begriff blos auf Personalklagen einschränken, weil nur diese Klagen allein auf etwas giengen, quod nobis debetur, durch Realklagen hingegen dasjenige gefordert werde, quod nostrum est. Allein beyde Meynungen sind von Vinnius, Marcilius und Janus a Costa schon widerlegt worden. Es wäre gewiß eben so lächerlich gewesen, wenn Justinian noch zu seinen Zeiten den Begriff der Klage auf die längst aufgehobene Solennität der Formel hätte einschränken, als wenn er statt eines allgemeinen Begriffs, den doch jeder Vernünftige in einem generellen Titel von Klagen erwartete, dem angehenden Rechtsbeflissenen einen solchen Begriff hätte beybringen wollen, der nur allein auf eine besondere Gattung von Klagen anwendbar gewesen wäre. Daß überdem das Wort DEBERE ein Prädicat aller und jeder Klagen seyn könne, bezeugt Ulpian [37]). Justinian nimmt also das Wort *actio* in der

34) Ulpian bestätigt dieses deutlich, wenn er *L.* 2. §. 1. *D. de Except.* sagt: Illud tenendum est, omnem exceptionem *exclusoriam* esse. EXCEPTIO enim *actorem excludit.* Den Unterschied zwischen Klage und Einrede, so wie auch die Frage, wenn es vortheilhafter sey, die eine oder die andere Art der Rechtsverfolgung zu ergreifen? hat Hr. Prof. Weber in den angeführten Beyträgen S. 17, ff. vortreflich auseinandergesetzt.

35) *Pr. I. de Actionib.*

36) Observation. lib. III. cap. 17.

37) *L. 178. §. 3. D. de Verb. Signific.* Hoc verbum DEBUIT omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis

der angeführten Stelle für ein Recht, etwas gerichtlich zu fordern, was uns ein Anderer zu leisten schuldig ist; welches eine in dem römischen Rechte ganz gewöhnliche Bedeutung ist. Denn wenn gesagt wird Praetor dat actionem, actio extincta est, so bedeutet in diesen Redensarten *actio* so viel als das **Recht zu klagen**. Ich übergehe andere Bedeutungen dieses Worts, die man bey Ulpian[38]) und Westenberg[39]) findet, und bemerke nur noch, daß das teutsche Wort **Klage** in der Praxis auch häufig für das schriftliche Anbringen derselben, oder die Klageschrift genommen werde[40]), ohneracht et eigentlich zwischen der Klage selbst und der Anbringung derselben ein eben solcher Unterschied, wie zwischen dem Rechtsmittel selbst und dem wirklichen Gebrauche desselben ist[41]).

§. 272.

Eintheilungen der Klagen. I) Nach ihrem Zweck. **Petitorische** und **Possessorische**. II) Nach ihrem nächsten Fundament. **Präjudizialklagen**.

Es giebt nun verschiedene Arten von Klagen[42]). Man theilt sie I) nach Verschiedenheit ihres Zwecks in **petitorische**

lis sive honoraria sit. Man sehe noch *Iul.* PACIUS in Analysi Institution. ad Pr. Tit. de actionibus pag. 599.

38) *L. 178. §. 2. D. de Verb. signif.*

39) Princip. iuris sec. ordin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 2.

40) S. Clar in der angef. Abhandl. Abschn. 1. §. 4.

41) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 60. Not. a.

42) Hier sind besonders diejenigen nachzusehen, die von Klagen geschrieben haben, und welche unser Verf. in der Not. h. anführt,

rische und possessorische ein. Unser Verf. gedenkt di=
ser Eintheilung in der Not. i. Geht nämlich die Klage a
das Recht selbst, so heißt sie eine petitorische[43];
Klagt man hingegen blos auf den Besitz, entweder daß ma
einen gewissen Besitz erst erlange, oder daß man in de
schon habenden Besitz geschützt werde, oder daß man de
verlohrnen Besitz wieder bekomme, so heißt eine solche Kla
eine possessorische. Sie unterscheiden sich ihrer Wi=
kung nach besonders darin von einander, daß bey den Po=
sessorienklagen das Verfahren summarisch ist, und nic
schle=

führt, zu BOEHMERI doctrina de actionibus, sind jedoch hin=
zufügen *Io. Tob.* CARRACHII Adnotationes ad *Boehmeri* doctri=
nam de actionibus. *Halae* 1775. 8. Mit Schmidts practi=
schen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, welches
immer als Hauptwerk, besonders nach der neuesten, durch Zu=
sätze und Berichtigungen von Adolph Diet. Weber ver=
besserten Ausgabe, Jena 1803. zu empfehlen ist, sind, außer
den schon mehrmals angeführten schätzbaren Beyträgen zu der
Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden von ebendemselben
Hrn. Prof. Weber. 1. Stück. Schwerin und Wismar
1795. 2. und 3. Stück. Ebendaselbst 1802. 8. noch einige Com=
mentare zu verbinden, nämlich Ernst Gottfr. Schmidts
theoretisch=practischer Commentar über seines Vaters angeführ=
tes Lehrbuch. 5 Bände. Leipzig 1792. u. 94. 8. und wieder
aufgelegt Leipzig 1801. Weidners theor. pract. Commen=
tar über das Schmidtische Lehrbuch. 3 Bände. Leipzig 1804
und 1805. und Joh. Gottfr. Möß lers theor. pract. Sy=
stem der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Theil.
Erfurt 1798. 1802. u. 1803. 8.

43) In den römischen Gesetzen wird das Wort PETITIO zuweilen
in einer noch engern Bedeutung für eine dingliche Klage genom=
men. *L. 178. §. 2. D. de Verb. Significat.*

chnellere Rechtshülfe Statt findet, als bey den petitori-
chen Klagen [44]). Es werden daher bey den erstern keine
Einreden, die einer weitern Ausführung bedürfen (ex-
ceptiones altioris indaginis), zugelassen. Denn der Be-
itz einer Sache darf nicht durch unnöthige Weitläuftigkeiten
ehindert und aufgehalten werden, damit die Vortheile
esselben nicht verlohren gehen. Dahingegen ist das Ver-
ahren bey den petitorischen Klagen mehreren Weitläuf-
igkeiten unterworfen. Es ist daher der Regel nach rath-
amer, possessorisch, als petitorisch zu klagen, wenn
nämlich der Kläger kein klares, sondern nur etwa ein prä-
umtives Recht zu bescheinigen im Stande wäre [45]).

Klagen werden II) wenn man auf das nächste Funda-
nent derselben siehet, in solche eingetheilt, welche aus dem
Personenrechte entstehen, und in solche, welche aus dem
Sachenrechte entspringen. Die Klagen der erstern Art wer-
den Präjudizialklagen genennt, und darunter diejeni-
gen verstanden, wodurch die Frage: ob Jemanden ein ge-
wisser Zustand wirklich zukomme? zur Entscheidung des
Richters aufgestellet wird [46]). Sie haben ihren Namen
daher erhalten. *Praeiudicium* heißt überhaupt ein streitiger

 Punct,

44) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des ge-
meinen Prozesses. 4. Band Nr. 81. und von Savigny Recht
des Besitzes. 4. Abschnitt.

45) Cajus rathet dieses selbst in der *L. 24. D. de rei vindicat.*
an, quia longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium
ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. S.
Schmidts angef. Commentar 1. Band §. 146. S. 228.

46) S. Schmidts Lehrbuch §. 218. ff. und den angef. Com-
mentar darüber. 2. Band. S. 1. ff.

Punct, der zuvörderst muß erörtert und entschieden werd weil die Entscheidung einer andern Sache davon abhängt[47] und wird sowohl von Klagen, von deren Entscheidung me rere andere Rechtsfragen abhängen[48]), als von rechtlich Einreden gebraucht, welche eher, als die Hauptsache selb erörtert und entschieden werden müssen[49]). Weil nun au bey dem Zustande einer Person über die davon abhängende Rechte und Verbindlichkeiten nicht eher erkannt werden kan als bis der Zustand selbst in Richtigkeit gesetzt ist, und da her von dem Erkenntniß über den Zustand zugleich die Ent scheidung vieler anderer darauf sich beziehender Rechtsfragen abhängt, so werden deßhalb die den Zustand der Person betreffende Klagen *actiones praeiudiciales* genennt. Diese **Präjudizialklagen** sind nun von verschieden Art. Es wird entweder mittelst derselben wegen eines de drey bürgerlichen Hauptstände, nämlich der Freyheit, des Bürgerrechts, oder des Familienzustandes[50]), oder es wird wegen eines andern persönlichen Zustandes[51]) geklagt. In erstern

47) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* RAEVARDI de Praeiudiciis libri II. *Brugis Flandror.* 1565. 8. und DUARENUS Lib. II. Disputat. anniversar. cap. 2.

48) *L. 37. D. de obligat. et action. L. 54. D. de iudiciis.*

49) *L. 13. L. 16. et 18. D. de exceptionib.*

50) *Iac. Thom.* GAUDLITII Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus. *Lipsiae* 1767.

51) Z. B. wenn darüber Streit entstehet, ob Jemand vom Adel sey, oder seine bürgerliche Ehre habe, oder eines Meisters Sohn sey, und daher zum Meisterrecht zuzulassen? S. CARRACHII Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de actionibus Sect. II. cap. I. §. 5. et 6. pag. 56.

erstern Falle werden sie *actiones praeiudiciales directae*, im andern *utiles* genennt. Sie werden ferner in affirmative und negative Präjudizialklagen eingetheilt, je nachdem man entweder einen gewissen Zustand zu haben behauptet, dessen Rechte, in deren Besitz man sich jedoch nicht befindet, uns ein Anderer nicht einräumen will; oder einen gewissen Zustand zu haben läugnet, dessen Verbindlichkeiten uns Jemand aufbürden will. Wenn als Jemand darauf klagt, daß ihm das Bürgerrecht in einer gewissen Stadt, und also auch die Befugniß, bürgerliche Nahrung zu treiben zustehe, so ist dies die affirmative Präjudizialklage wegen des Bürgerschaftzustandes. Wenn hingegen der Kläger läugnet, daß er ein Stadtbürger, und zu Leistung der ihm angesonnenen bürgerlichen Lasten verbunden sey, so ist diese Klage die negative Präjudizialklage *de statu civitatis* [52]). Von den Eigenschaften der Präjudizialklagen bemerken wir übrigens noch, daß sie zu den dinglichen Klagen gerechnet werden, weil es bey denselben mehr der Proprietät eines Rechts, welches Jemand zu behaupten, oder einem Andern streitig zu machen sucht, als der Verbindlichkeit einer Person gilt, dieselben auch überdem wider einen jeden angestellet werden können, der uns in der Ausübung unserer Zustandsrechte stöhrt [53]). Wenn wegen des Zustandes einer Per-

52) Man sehe Schmidts öffentliche Rechtssprüche im 4. Abschn. Nr. LXXXII. S. 551. ff.

53) So ist Justinian zu verstehen, wenn er §. 13. *I. de action.* sagt: Praeiudiciales actiones *in rem* esse videntur. Man sehe auch THEOPHILI Paraphr. gr. ad h. §. und HUBER ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 17.

Person nach vorhergegangener gründlicher Untersuchung ei-
mal rechtskräftig erkannt worden ist, so gilt ein sol-
rechtskräftiger Urtheilsspruch für eine rechtliche Wahrh
auch gegen alle nachherige Klagen, die wegen dieses Zusta
des von andern Personen angestellet werden [54]). Denn d
Stand klebt der Person an, und wofür Jemand einm
rechtskräftig erklärt ist, dafür muß er nun auch von ein
jeden andern angesehen und gehalten werden [55]). Wä
wider den Contradictor blos aus Ungehorsam desselben e-
kannt worden, so giebt das rechtskräftige Urtheil wider ein
Dritten keine Schutzrede [56]).

§. 273.

Eintheilung der aus dem Sachenrecht entspringenden Klagen.

Soviel die aus dem Sachenrecht entspringenden Klage
anbetrifft, welche auch *actiones principales* genennt werden,
so giebt es zwey Hauptgattungen derselben. Sie gründen
sich nämlich entweder auf ein dingliches, oder auf ein per-
sönliches Recht. Die Klagen der erstern Art heißen Real
oder **dingliche Klagen** (*actiones in rem, vindicationes,
petitiones*); die der andern Art aber **persönliche Kla-
gen**

54) *L. 25. D. de statu hom. L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alend. lib.* CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Constit. XXVI. definit. 16. nr. 1.

55) Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 104. S. 14.

56) *L. 17. §. 1. D. de inoff. testam. L. 27. §. 1. D. de lib. caus. L. 14. D. de appellat.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 25. D. de statu homin. nr. 3. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 277.

gen (*actiones in personam, condictiones*)[57]. Justinian[58]) sagt: Si quis agit cum eo, *qui ei obligatus est*, vel ex contractu vel ex maleficio, prodita est ACTIO IN PERSONAM, per quam intendit, *adversarium ei dare aut facere oportere*, et aliis quibusdam modis. Hingegen si quis cum eo agit, *qui nullo ei iure obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, prodita est ACTIO IN REM, veluti si rem corporalem possideat quisquam, Titius suam affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat: nam *si Titius suam esse intendat*, IN REM ACTIO est. Hiermit stimmen auch die Begriffe Ulpians[59]) überein, wenn er sagt: IN REM ACTIO est, per quam *rem nostram*, quae ab alio possidetur, *petimus*. IN PERSONAM ACTIO est, qua cum eo agimus, *qui obligatus est nobis, ad faciendum aliquid vel dandum*. Nach diesen römischen Begriffen waren also die beyden Arten der Sachklagen auf eine zweyfache Art unterschieden. 1) In Ansehung der Formel. Bey den actionibus

57) Hr. Prof. Thibaut in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 2. Abh. verwirft zwar diese Theorie, und glaubt, daß der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen nicht sowohl aus dem Unterschiede zwischen dinglichem und persönlichem Rechte, sondern vielmehr umgekehrt der Unterschied dieser Rechte aus der Verschiedenheit jener Klagen abgeleitet, erklärt und bestimmt werden müsse. Allein daß seine Begriffe von dinglichen und persönlichen Klagen dem Geist des römischen Rechts auf keine Weise gemäß sind, hat Hr. Prof. Feuerbach in den civilistischen Versuchen 1. Th. Nr. VIII. ganz einleuchtend gezeigt.

58) §. 1. I. de actionib.

59) L. 25. D. de obligat. et act.

nibus in personam wurden in der Klagformel die Worte *dare oportere*, *facere oportere*, oder andere gleichbedeutende Worte gebraucht; bey den actionibus in rem hingegen war die Formel: *ajo rem meam esse*, *ajo ius meum esse* [60].
2) In Ansehung des **Grundes**. Die **persönliche Klage** hat eine *Obligatio* zum Grunde, insofern darunter ein solches Rechtsverhältniß verstanden wird, in welchem eine bestimmte Person wegen einer bey ihr besonders eintretenden Voraussetzung, diese bestehe nun in einer Handlung (Contract, Delict), oder in einer andern, ein solches Rechtsverhältniß nach den Gesetzen hervorbringenden Thatsache, gegen eine andere zu einer gewissen Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist. Das dieser besondern Verbindlichkeit entsprechende Recht (*ius obligationis*, *ius personale*, *ius ad rem*) ist es also, welches der Kläger durch die actio in personam verfolgt. Hingegen die **dingliche Klage** findet wegen eines solchen Rechts Statt, das uns **ausserhalb** einer *obligatio* zusteht, vermöge dessen wir von irgend etwas sagen können, es gehöre uns **eigen**. Daß die Römer wirklich die beyden Rechtsgattungen, nämlich das dingliche und persönliche Recht, als Grund der dinglichen und persönlichen Klagen voraussetzen, ergiebt sich noch aus einer andern Stelle der **Institutionen**, wo **Justinian** sagt: Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem, suam rem ita ab aliquo petere: *si apparet eum dare oportere*. Nec enim, quod actoris est, *id ei dari oportet*: scilicet, quia *dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut eius fiat*. Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri

60) S. BRISSONIUS de formulis et solemn. P. R. verbis Lib. V. cap. 11 — 14. und cap. 18.

fieri poteſt. Dieſe Stelle beſtimmt die Vorausſetzung und den Grund zu beyden Gattungen von Klagen. Die perſönliche Klage ſoll blos Statt finden, wenn ich nur erſt eine Forderung habe; die dingliche Klage hingegen, wenn das Rechtsobject, das ich verfolge, ſchon zu dem **meinen** gehört. Die eine Klagart läßt ſich daher der andern nicht ſubſtituiren. Der weitere Unterſchied dieſer Klagen[61]) hängt von den Wirkungen des dinglichen und perſönlichen Rechts ab, von welchen an einem andern Orte dieſes Commentars (§. 176. u. 177.) gehandelt worden iſt.

I. Die weſentlichen Merkmale der Realklagen ſind nun alſo 1) von Seiten des Klägers **Zuſtändigkeit eines dinglichen Rechts**. 2) Von Seiten des Beklagten widerrechtliche **Vorenthaltung** deſſelben, oder **Stöhrung** in der Ausübung deſſelben. Daß ſie gegen jeden Beſitzer der Sache angeſtellt werden können, iſt kein ſicheres Merkmal, wie ſchon an einem andern Orte[62]) bemerkt worden iſt. 3) Ihr Zweck iſt **Anerkennung**, nicht Zuerkennung des dinglichen Rechts und ſeiner Folgen. **Realklagen** wären alſo ſolche Klagen, welche aus dem Grunde eines dinglichen Rechts wider denjenigen, der dem Kläger dieſes Recht widerrechtlich vorenthält, dahin angeſtellet werden, daß dieſes Recht, als dem Kläger zuſtändig, gerichtlich anerkannt, und dadurch die Anmaßung des Beklagten für widerrechtlich erklärt, auch derſelbe zur Leiſtung der davon abhängenden Verbindlichkeiten angehalten werde[63]).

II. Per-

61) FROMMANN Differentiae actionum realium et perſonalium. *Tub.* 1670. GRASSUS in Praxi action. forenſ. Diviſ. V.

62) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 176. u. 177. S. 499. f.

63) S. **Hübners** Berichtigungen und Zuſätze zu den Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 103. beſonders S. 116. ff.

II. **Persönliche Klagen** hingegen haben das Unterscheidende*, daß sie aus dem Grunde, weil mir der Andere durch ein besonders Factum zu etwas verpflichtet ist, oder weil ihm das Gesetz eine unmittelbare Verbindlichkeit auflegt, gegen diesen dahin angestellt werden, daß er zur Leistung oder Erfüllung der meinem persönlichen Rechte entsprechenden Verbindlichkeit für schuldig erklärt und angehalten werde. Diese haben nun entweder blos gegen den Statt, aus dessen Handlung die obligatio entspringt, oder sie können auch gegen jeden dritten Besitzer darum angestellt werden, weil ihm das Gesetz eine unmittelbare Verbindlichkeit auferlegt hat. Im letzten Falle werden sie *actiones in rem scriptae* genennt, worunter also diejenigen persönlichen Klagen verstanden werden, wodurch man eine vom Gesetz jedem Besitzer auferlegte Verbindlichkeit verfolgt [64]). Dahin gehören z. B. die actio ad exhibendum, actio quod metus causa, u. a. m. von denen an ihrem Orte gehandelt wird.

Ob es nicht auch **vermischte Klagen** (*actiones mixtae*) gebe, die zugleich in einem dinglichen und persönlichen Rechte ihren Grund haben, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele [65]) wollen es läugnen; allein Justinian

64) S. **Hübner** a. a. O. S. 112. und **Feuerbach** a. a. O. S. 272. ff. Man s. auch *Sim. Pet.* GASSER Diss. de actionibus in rem scriptis, earumque genuino conceptu. *Halae* 1738.

65) Z. B. *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. P. IV. Decad. 94 Err. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Institution. Lib. IV. Tit. 6. §. 15 – 22. *God. Reinold.* KOBSELIUS in Diss. de actionibus mixtis et non mixtis. *Vitemb.* 1727. Cap. II. u. besonders **Hübner** in den Berichtigungen S. 120. ff. Allein *Reinh.* BACHOVIUS in Tract. de actionibus Disp. II. §. 7. *Iul.* PACIUS in Analysi ad §. 20. I. de actionib. pag. 624. sq.

Ger.

stinian widerlegt diese Meinung hinlänglich, wenn er sagt[66]: Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent. Alle diese hier genannte Klagen gehen auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, nun kann mit Recht keine Theilung verlangt werden, wenn man kein Miteigenthum an der Sache hat. Sie haben aber auch zugleich gewisse Personalforderungen zum Gegenstande, z. B. Ablegung der Rechnung, Schadensersatz, Leistung des Interesse; diese entspringen aus einem Quasicontract[67]. Ausser jenen Theilungsklagen wird auch die hereditatis petitio ausdrücklich eine actio mixta genennt[68]. Das Hauptrecht bey dieser Klage ist zwar das Erbrecht, sie ist daher in dieser Hinsicht eine actio in rem. Allein sie gehet auch zugleich auf gewisse praestationes personales, nämlich daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege und die Schäden ersetze[69]. Diese entstehen aus dem Factum

- Ger. NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 12. Ev. OTTO in Commentar. ad §. 20. I. de actionib. und HEINECCIUS ad *Vinnium* pag. 782. haben diese Meinung hinlänglich widerlegt.

66) *§. 20. I. de actionib.*

67) *L. 1. D. fin. reg. L. 22. §. 4. D. fam. ercisc. L. 4. §. 3. D. comm. divid.* Man sehe hierbey vorzüglich *Franc.* HOTOMANNI Commentar. in Institutiones pag. 453.

68) *L. 7. Cod. de heredit. petit.*

69) *L. 25. §. 18. D. eod.*

Factum der Administration quasi ex contractu, und in dieser Rücksicht ist die Klage zugleich persönlich. Zuweilen können jedoch dergleichen gemischte Klagen mehr persönlich als dinglich seyn [70]. Ja es steht bey diesen Klagen dem Kläger frey, ob er blos dinglich oder persönlich klagen will [71].

§. 274. u. 275.

Eintheilung der Personalklagen in *nativas* und *dativas*.

Personalklagen sind wieder von sehr verschiedener Art. Sie gründen sich entweder auf ein obligatorisches Factum, oder werden unmittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben. Erstere werden nativae, letztere hingegen dativae genannt [72]), z. B. actio ad exhibendum, condictio ex L. 32. D. de reb credit. [73]). Bey diesen liegt eine unmittelbare Verbindlichkeit zum Grunde, wovon ich an einem andern Orte gehandelt habe [74]). Die actiones nativae entstehen nun entweder aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen. Erstere entweder aus einem acceptirten Versprechen, oder aus einem einseitigen erlaubten obligatorischen Factum. Z. E. aus einer Pollicitation oder Quasi-con-

70) *L. 1. D. fin. reg.* Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1092. S. 877.

71) Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 1. Th. §. 33. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 193.

72) *Io. Andr.* FROMMANN Diss. collationem exhib. actionum dativarum cum nativis. *Tub.* 1683 und *Mich.* GRASSI Diss. de praxi antiquo-moderna actionum forensium in specie nativarum et dativarum. *Tub.* 1723.

73) S. *Io. Lud.* CONRADI Comm. de Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. credit. *Marb.* 1774. 8.

74) Im ersten Theil dieses Commentars. §. 2.

contract. Klagen, die sich auf ein acceptirtes Versprechen gründen, können entweder aus eigentlich sogenannten Verträgen, oder aus Contracten entstehen. Letztere sind wieder von zweyerley Art, entweder Hauptklagen, actiones directae, wodurch auf Erfüllung der aus dem Contract entstehenden wesentlichen und Hauptverbindlichkeit geklagt wird, z. B. actio commodati directa, actio depositi directa; oder Gegenklagen, actiones contrariae, mit welchen bloß auf die Ersetzung eines bey Gelegenheit eines Contracts erlittenen Schadens wider denjenigen geklagt wird, der aus dem Wesen des Contracts nie, sondern nur zufälliger Weise verbindlich wird. Z. B. actio depositi, commodati contraria.

Die aus unerlaubten Handlungen entspringenden Klagen haben entweder die öffentliche Bestrafung des Beklagten, oder das eigene Interesse des Klägers zur Absicht. Im erstern Falle werden sie Criminalklagen, oder Accusationes, Anklagen, im andern hingegen Civilklagen (§. 195.) genannt [75]. Diese gehen entweder bloß auf die Entschädigung des Klägers, oder sie werden auf eine Privatstrafe gerichtet, d. i. auf eine Geldstrafe, welche dem Kläger zu Theil wird, oder es wird auf eine gewisse Summe Geld geklagt, die theils eine Entschädigung des Klägers, theils Strafe für des Beklagten Vergehen enthält. Erstere heißen actiones ex delictis mere rei persecutoriae, z. B. condictio furtiva, die andern

75) *Io. Andr.* FROMMANN actionum civilium et criminalium differentiae principes. Differt. I. et II. Tub. 1682. besonders aber *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 32. D. de obligat. et action. pag. 627. sq.

dern actiones poenales, z. B. actio furti, die letztern actiones rei et poenae persecutoriae oder mixtae, z. B. actio de vi bonorum raptorum in quadruplum [76]). Die Pönalklagen waren bey den Römern wieder von zweyerley Art, entweder populares [77]) seu publicae [78]), welche wegen des allen gemeinschaftlichen Interesse jeder aus dem Volke anstellen konnte, z. E. actio de albo corrupto (§. 209.), actio in factum de deiecto, insofern durch das Herunterwerfen ein freyer Mensch war getödtet oder verwundet worden; oder privatae, welche nur auf den Beleidigten allein, wegen des ihm bloß eigenen Interesse, eingeschränkt sind. Ob die römischen Pönalklagen auch in Teutschland Statt finden, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Die meisten Rechtsgelehrten [79]) sind

76) *§. 18. I. de action.*

77) S. *Lib. XLVII. Tit. 23. D. de popularibus actionibus.*

78) *L. 30. §. 3. D. de iureiur. Nec mirum videri debet,* sagt FINESTRES a. a. O. pag. 628. PUBLICUM *pro* POPULARI *accipi, quum* PUBLICUM *dicatur quasi* POPULICUM.

79) Man sehe hier vorzüglich Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1127. Es sind jedoch zu den daselbst angeführten Schriftstellern noch hinzuzufügen *Marc. a* LYKLAMA Benedictorum libri IV. adversus male dicta et errores cum pragmaticorum tum aliorum circa actiones ex delicto mere poenales et mixtas. *Lugd. Batav.* 1617. 8. *Christ.* THOMASII Diss. de usu actionum poenalium iuris Rom. in foris Germaniae. *Halae* 1693. *rec.* 1740. *Aug. Wilh.* DREYER Diss. de Iuris Rom. et speciatim de actionum poenalium in foris Germaniae auctoritate. *Goettingae* 1774. *Io. Tob.* CARRACHII Adnotation. ad BOEHMERI doctrinam de actionibus. Sect. I. Cap. III. ad §. 11. pag. 31. sq. *Lud. God.* MADIHN in Princip. iuris Rom. P. I. §. 155. und Schmidt im theor.-pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. I. Th. §. 44. S. 56. ff.

sind der Meinung, daß sie unserer heutigen Verfassung gar nicht angemessen sind, und daher in Teutschland der Regel nach nicht Statt finden. Allein wenn gleich diese Meinung in der Praxis die herrschende ist, so dürfte es doch der Theorie des Rechts nicht an Gründen fehlen, die Anwendbarkeit derselben auch in Teutschland zu rechtfertigen, wie Herr Prof. Weber [80]) überzeugend dargethan hat. So viel ist indessen gewiß, daß nicht alle Klagen, die z. B. auf eine doppelte Erstattung des Unsrigen abzwecken, deßwegen gleich Pönalklagen sind, und heutiges Tages wegfallen. Sondern man hat vielmehr bey richtiger Beurtheilung der römischen Pönalklagen immer darauf zu sehen, ob sie einmal aus einer unerlaubten Thathandlung auch wirklich entspringen, und dann zweitens, ob dasjenige, was die Gesetze mehr, als das Einfache, zu fordern erlauben, bloß als Strafe anzusehen sey. Denn so giebt es 1) Klagen, die zwar auf das duplum angestellet werden können, aber doch darum nicht für Pönalklagen zu halten sind, weil sie weder aus einem Delict noch Quasidelict entstehen, ohne welches sich doch keine Strafe gedenken läßt [81]). Ein Beyspiel giebt die *actio de tigno iuncto.* Denn diese findet auch gegen einen bonae fidei possessor Statt, bey welchem sich doch weder ein wahres noch Quasidelict gedenken läßt. Dennoch verbinden ihn die Gesetze zum Ersatz des doppelten Werths der verbaueten Materialien [82]). 2) Können Klagen

80) Versuche über das Civilrecht I. Abh. §. 23. S. 67. Den heutigen Gebrauch vertheidigen auch HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 802. und THIBAUT im Syst. des P. B. 1. B. §. 66.

81) *L. 131. pr. D. de Verb. signif.* Poena sine fraude esse non potest. Poena enim est noxae vindicta.

82) *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Differt. VI. Cap. 2. (*Oper. a* IUNGIO *editor.* Tom. I. Nr. III. pag. 128.) und

gen zwar aus einer unerlaubten Handlung entspringen, allein doch darum, weil die Gesetze bey der Bestimmung des doppelten Ersatzes nur hauptsächlich die vollkommene Entschädigung des Klägers aus Gründen der Billigkeit zur Absicht gehabt haben, um nämlich denselben hierdurch des ihm sonst obliegenden schweren Beweises seines habenden Interesse zu überheben, eigentlich nicht für Pönalklagen gehalten werden. Hiervon geben die *actio de tigno iuncto* gegen einen malae fidei possessor, ferner die *actio rationibus distrahendis* gegen einen Vormund, welcher während der Vormundschaftsverwaltung etwas von dem Vermögen des Pupillen unterschlagen hat, deßgleichen die *actio ex testamento* wegen verweigerter oder verzögerter Auszahlung des einer Kirche oder anderen milden Stiftung hinterlassenen Vermächtnisses, treffende Beyspiele. Denn in allen diesen Klagen soll das duplum nur statt einer vollkommenen Schadensersetzung dienen [83]).

Wenn

und Westphal in dem System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 441. haben dieses so bündig erwiesen, daß gar kein Zweifel übrig seyn kann.

83) S. Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 1175. Ebenderselbe §. 1092. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exerc. XLIX. §. 13. BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. VI. §. 22. not. u. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandectar. Lib. XXVII. Tit. III. §. 26. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 686. Webers Versuche 1. Abh. §. 3. S. 16. f. L. B. a WERNHER in Observat. forens. T. II. P. VI. P. VI. Obs. 367. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. §. 105. S. 18. und 19. HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doctr. de actionib. for. Sect. II. c. II. Membr. XVI. Not. 1034. Anderer Meinung sind jedoch THOMASIUS cit. Diss. Cap. III. §. 38. et 43. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. lib. XXVII. Tit. III. §. 17. p. 502. CARRACH in Adnotat. ad BOEHMERUM pag. 278.

Wenn unser Verfasser am Ende des §. 174. die Klagen in certas und arbitrarias eintheilt, je nachdem sie entweder auf einen gewissen bestimmten Gegenstand gerichtet werden, oder die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten hat, ganz allein von dem Ermessen des Richters abhängt, wie z. B. bey der *condictio de eo quod certo loco*, wo es auf eine Bestimmung des Interesse ankommt (§. 846.); so ist hierbey zu bemerken, daß actiones arbitrariae auch noch in einer andern viel gewöhnlichern Bedeutung in unserm römischen Rechte genommen werden. Man versteht nämlich darunter solche Klagen, bey welchen sich der Beklagte durch seinen Ungehorsam ein härteres Urtheil zuzog, wenn er der richterlichen Sentenz keine gutwillige Folge leistete[84]. In einigen Fällen war es nun schon durch die Gesetze bestimmt, auf wie hoch der Richter den Beklagten seines bewiesenen Ungehorsams wegen verurtheilen konnte, z. B. bey der actione quod metus wurde der Beklagte, wenn er die Sache nicht auf Befehl des Richters dem Kläger restituirte, auf das Vierfache condemnirt; in andern aber war der obsiegende Theil zum iuramento in litem gelassen, mittelst welchen er seinen Schaden taxiren

84) Man vergleiche hierüber *Io. Mathaei* MAGNI (eigentlich *le* GRAND) Rationum et differentiarum iuris civilis liber I. de actionibus arbitrariis. Anjou 1602. 8. und hernach zugleich mit dem andern Buche de eo, quod interest, zu Paris 1605. 8. (in *Thesaur. Meermanniano* Tom. III. p. 266. sqq.) *Gabriel de* GAST Disput. de actione arbitraria. Orleans 1576. 4. (*Thes. Meermann* Tom. VI. pag. 735. sqq.) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. IV. Decad. LXXXIX. err. 4 — 10. *Io.* CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 12. und BACHOVIUS de actionibus. Disput. VII.

taxiren konnte, nämlich wie viel er sich dadurch verletzt hielt, daß der Gegentheil dem richterlichen Urtheil kein Genüge geleistet, wie z. B. bey der reivindicatio[85]), der actio de dolo, actio ad exhibendum u. a. m. Solche actiones arbitrariae unterscheiden sich also darin von andern Klagen, daß bey denselben gewöhnlicher Weise zwey Sentenzen des Judex, von welchen die erste *arbitrium*, die andere aber erst *iudicium* oder *condemnatio* hieß, vorhergiengen, ehe sich der obsiegende Theil mit der actione rei iudicatae beym Prätor meldete, dahingegen bey andern derjenige, welcher den Prozeß gewonnen hatte, sogleich ohne weitere Umstände zum Prätor gieng, und um die Vollstreckung des Urtheils bat[86]). Anton Faber[87]) will behaupten, daß diese actiones arbitrariae heutiges Tages gänzlich aufgehoben wären. Allein schon Wilhelm Masius[88]) hat diesen Irrthum widerlegt. Nur so weit geht freylich bey uns die Gewalt des Richters nicht, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte[89]).

§. 276.

85) *Matth.* *Le* GRAND Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. c. 6. sucht zwar zu behaupten, als wenn nur allein prätorische Klagen arbitrariae seyn könnten, civiles aber nicht, und folglich die Rei vindicatio keine actio arbitraria sey; allein daß diese Meinung ganz irrig sey, zeigt Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 977.

86) S. Reinhards Samml. jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. S. 338. f.

87) de Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVIII. err. 5.

88) in Tr. de rei debitae aestimatione. *Lovanii* 1653. P. II. c. 10. et 13. sqq.

89) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1135. und meine Opuscula Fasc. IV. pag. 86.

§. 276.

III) Eintheilung der Klagen nach ihrem Gegenstande in Universal- General- und Specialklagen.

Klagen können entweder eine universitas iuris z. B. eine Erbschaft, bonorum possessio, peculium eines Arrogirten; (§. 175. a.) oder einen Inbegriff mehrerer verschiedener Dinge, welche zusammen ein gewisses genus ausmachen, z. B. die aus einer geführten Vormundschaft, oder aus einer Societät, oder unternommenen Geschäftsverwaltung entspringende verschiedene Verbindlichkeiten; oder endlich eine bestimmte singulaire Sache oder Summe zum Gegenstande haben. Im erstern Falle werden sie actiones universales, im andern generales, im dritten speciales oder singulares genennt[90]). Der Unterschied bestehet darin, daß bey den actionibus universalibus, z. B. bey den Erbschaftsklagen, der Beklagte, wenn er statt der vorigen zur Universitas gehörig gewesenen Sache etwas anderes besitzt, er auch dieses, zu Folge der hier eintretenden Regel: *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, (§. 175. a.) dem Kläger herausgeben muß[91]). Sie können aber doch nur, wie Specialklagen, einmal angestellet werden. Wenn daher z. B. schon einmal mit der actio familiae herciscundae auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft geklagt worden ist, und es finden sich in der Folge noch einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, die nicht zur Vertheilung gekommen sind,

 so

90) GRASS in Praxi action. forens. Divis. XV. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. 2. Th. §. 107.

91) *L. 22. L. 25. §. 1. D. de hereditat. petit.*

so kann deßfalls nicht noch einmal das iudicium familiae erciscundae angestellet, sondern es muß iudicio communi dividundo geklagt werden[92]. Anders verhält sich die Sache mit den actionibus generalibus. Denn da diese mehrere verschiedene Gegenstände unter sich begreifen, so können dieselben auch mehr als einmal wider eben denselben Beklagten, nämlich wegen anderer Punkte, angestellet werden, als worüber vorhin geklagt worden ist, ohne daß dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden kann[93]) Es kann sogar bey diesen Klagen wegen besorglicher ferneren Ansprüche Sicherheit verlangt werden[94]).

§. 277.

IV) Eintheilung der Klagen in Ansehung ihres Ursprungs und V) in Ansehung ihrer Dauer.

Klagen sind ferner in Ansehung ihres **Ursprungs** entweder **actiones civiles** oder **honorariae**, je nachdem sie entweder aus dem römischen Civilrecht, insofern solches dem iuri honorario entgegengesetzt wird, oder aus demjenigen Rechte, welches durch die Edicte der römischen Magistratspersonen ist eingeführt worden, herrühren. Die Civilklagen sind entweder durch ausdrückliche Civilgesetze eingeführt, oder von den römischen Rechtsgelehrten erfunden worden. Erstere haben ihren Urspung entweder durch die ältern allgemeinen römischen Civilgesetze, z. B. durch die zwölf

92) *L. 20. §. 4. D. fam. erciscund.*

93) *L. 38. pr. D. pro socio. L. 2. C. de iudiciis.* **Schmidt** im angef. Commentar I. Th. §. 46.

94) *L. 27. et 38. D. pro socio.* **Claproth** a. a. O. S. 36.

zwölf Tafelgesetze, leges centuriatas, Plebiscita u. dgl. oder durch neuere und besondere Civilgesetze, z. B. durch kaiserliche Constitutionen erhalten. In dem letztern Falle werden solche Civilklagen, die durch die neuern bürgerlichen Gesetze vorzüglich in solchen Fällen sind eingeführt worden, wo vorher kein Klagerecht Statt fand, condictiones ex Lege genannt [95]). So z. B. kann nach einer Verordnung des Krs. Justinian aus einer Schenkung unter den Lebendigen geklagt werden, wenn sie auch mit blos gemeinen Worten, und ohne die Formel einer Stipulation geschehen ist. Die Klage heißt *condictio ex L. 35. Cod. de donation.* Die actiones honorariae sind wieder von zweyerley Art; sie entstehen entweder aus den Edicten der Prätoren, oder der Aedilium curulium. Erstere werden actiones praetoriae, letztere aber aedilitiae genennt. Zu diesen gehört z. B. die actio redhibitoria und quanti minoris. Allein die actio publiciana, actio serviana, rescissoria, de constituta pecunia u. a. m. sind prätorische Klagen. Klagen sind ferner entweder in den Worten der Gesetze ausdrücklich enthalten, oder durch eine auf den Grund des Gesetzes gebaute extensive Interpretation eingeführt, oder sie sind weder aus den Worten, noch aus dem Grunde eines Gesetzes, sondern blos aus der Billigkeit hergeleitet werden. Erstere werden actiones directae [96]),

95) WESTENBERG de causis obligationum. Dissertat. IV.

96) *Io. Bernh.* FRIESEN Diss. de actione directa, utili et contraria. *Ienae* 1706. Jedoch haben die Ausdrücke actio directa und utilis auch noch eine andere Bedeutung. S. Höpfners Commentar §. 1091.

die andern utiles [97]), die letztern aber actiones in factum [98]) genennt.

Die Klagen theilt unser Verf. endlich noch in Absicht auf ihre Dauer in actiones perpetuas und temporales ein. Nach dem ältern römischen Rechte hießen actiones perpetuae diejenigen Klagen, die in keinen Zeitraum eingeschränkt waren, sondern wirklich ewig dauerten [99]). *Temporales* aber wurden diejenigen genennt, die nur bis auf eine gewisse gesetzlich bestimmte Zeit dauerten, nach deren Ablauf aber erloschen. Allein nachdem Kr. Theodosius der jüngere [100]) den ehemals immerwährend gewesenen Klagen eine Dauer von dreyßig Jahren vorgeschrie-

97) S. *Io. Christph.* HARTUNG und *Fried. Gott.* ZÖLLER Diss. de actionibus utilibus.

98) MEISTERI Diss. de actionibus in factum; in *Opusc.* T. I. p. 366. Noch mehrere Bedeutungen von der actio in factum kommen Lib. XIX. Tit. 5. vor.

99) *Pr. Institut. de perpet. et temp. act. L. 21. §. 1. D. Quod metus causa.*

100) Nicht THEODOSIUS MAGNUS, wie Cujaz lib. XVIII. Observat. c. 26. Rücker in Diss. de civ. et naturali temp. computat. in iure Cap. IV. §. 7. u. a. m. dafür halten, welche irrige Meinung *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. C. Theod. de action. certo temp. finiend. (*Tom. I. Cod. Theodos.*) *Ev.* OTTO in Commentar. ad pr. I. de perpetuis et temp. act. et in Praefat. ad Tom. III. *Thesauri Iur. Rom.* pag. 3. *I. L. E.* PÜTTMANN in Diss. iuris canon. de Legislatore Ephesino ad cap. 5. X. de praescript. Cap. I. §. 5. (in *Probabil. iur. civ. lib. sing.* p. 174.) und *Christ. Fried.* POHL in Diss. de origine atque fatis praescriptionis longissimi temporis usque ad Iustinian. *Lipsiae* 1779. §. 7. hinlänglich widerlegt haben.

schrieben hat[1]); so werden nach dem neuern römischen Rechte diejenigen Klagen, welche dreyßig und mehrere Jahre dauern, *perpetuae*, diejenigen aber, welche binnen einer kürzern Zeit angestellet werden müssen, *actiones temporales* genennt. Von der Dauer der Klagen wird Lib. XLIV. Tit. 3. von den übrigen Eintheilungen der Klagen aber gelegentlich gehandelt werden.

§. 278.

Wesentliche Stücke eines Klaglibells.

In diesem und den folgenden Paragraphen will nun unser Verf. zeigen, wie eine Klagschrift einzurichten sey. Da jedoch die unten[2]) angeführten Schriftsteller diese Materie schon so ausführlich abgehandelt haben, daß wenig mehr zu sagen übrig ist, so werde ich mich hier mit Beziehung auf dieselben ganz kurz fassen können. Ein Klaglibell muß überhaupt so eingerichtet werden, daß daraus erhellet, 1) was der Kläger für Forderungen an den Beklagten macht, 2) auf welchen rechtlichen Gründen diese Forderungen beruhen, und 3) wie der Kläger will, daß der Richter in der Sache verfahren und erkennen soll. Eine Klagschrift besteht

1) *L. 3. C. Iust. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

2) Clar in der angef. Abhandl. von der Klage, Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 11. ff. und §. 81. ff. desselben Sohn im Commentar über die angef. §§. des väterlichen Lehrbuchs, Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 60. ff. Elsässers Beyträge zur Theorie von der Klage in Rücksicht auf den ordentl. bürgerl. Prozeß, in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen. IV. Band. Nr. IX. S. 143. ff. und Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XXXIII.

steht demnach im Wesentlichen aus drey Hauptstücken, der Geschichtserzählung, dem Klagegrunde und dem Gesuche.

§. 279.

I. Geschichtserzählung.

Die Geschichtserzählung ist eine kurze, genaue und deutliche Darstellung aller factischer Umstände, welche zur Begründung der Klage gehören, und die Klage veranlaßt haben, so wie selbige der Zeitordnung nach auf einander gefolgt sind. Die Geschichtserzählung ist also I. nach den Regeln eines erzählenden Vortrags einzurichten. Daher müssen die zu derselben gehörigen Thatumstände im periodischen Zusammenhange vorgetragen werden. Der ehemals auch im Civilprozeß üblich gewesene artikulirte Libell, worin alle Umstände und Gründe der Klage in lauter besondere, mit dem Worte Wahr sich anfangende Sätze zerlegt waren, ist wegen der über die Zuläßigkeit der einzelnen Artikel jedesmal entstandenen unsäglichen Streitigkeiten verboten [3]). II. Die Geschichtserzählung muß zwar vollständig seyn, und sich über alles verbreiten, was zur Anerkennung des eingeklagten Rechtes gehört. Doch muß dabey alle Weitläuftigkeit vermieden, und folglich nichts mehr von Thatumständen in der Klagschrift angeführt werden, als was zu der Klage, die man anstellt, ihrer Natur nach gehört, und künftig im Läugnungsfalle erwiesen werden muß. III. Be-

3) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 34. Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des Prozesses. 1. Band. Nr. 3. und G. L. Böhmers Vorrede zum 2. Band der Exercitat. ad Pand. seines Vaters.

III. Besonders hüte sich der Kläger, in die Geschichtserzählung Anführungen und Widerlegungen von Behauptungen einzumischen, auf welche der Beklagte Einreden gründen kann. Die Replik mit der Klage zu verbinden, ist daher zweckwidrig, streitet gegen die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens, und ist nie rathsam [4]). IV. Enthält die Klagschrift mehrere ganz verschiedene Punkte, so müssen diese der Deutlichkeit wegen von einander abgesondert, und mit Zahlen unterschieden werden. Ein solches punctweise abgefaßtes Klageschreiben ist in den Gesetzen nicht verboten, und von einem articulirten Libell sorgfältig zu unterscheiden.

§. 280. u. 281.

Vom Klagegrunde.

Jede Klagschrift muß ferner einen Klagegrund (*fundamentum agendi*, *causa petendi*) enthalten. Dieser besteht in der Ausführung des Rechts, woraus geklagt wird, und vermöge welchen der Kläger befugt ist, dasjenige gerichtlich zu fordern, was die Klage bezweckt [5]). Sollte sich jedoch des Klägers Forderung schon in der deutlichen Verordnung des gemeinen Rechts gründen, so ist nicht nöthig, daß der Kläger diese gesetzliche Vorschriften in seine Klagschrift mit einrücke, da sie dem Richter ohnehin bekannt seyn müssen.

4) S. *Chr. Ehr. Ad.* FRITZSCH Diss. de replica libello inserenda. *Lipsiae* 1736. Gönners Handbuch 2. B. Nr. XXXIII. §. 2. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 166.

5) S. Gönners Handbuch 2. B. Nr. XXXIII. §. 3. f. und Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 85.

müssen [6]). Nur dann, wenn das Recht, worauf man sich gründet, zweifelhaft ist, oder der Grund der Klage in einem besondern Rechte, oder Privilegium, oder einer Observanz, so noch eines Beweises bedarf, gesetzt wird, erfordert es die Nothwendigkeit, diejenigen rechtlichen Gründe im Klagelibell auszuführen, aus denen die Rechtmäßigkeit des nachstehenden Gesuchs erhellet. Ohne einen Klagegrund kann keine Klage Statt finden, und da aus diesem sowohl, als aus dem ganzen Inhalt des Klagelibells beurtheilt werden kann, welche Klage angestellet worden, so erhellet zugleich hieraus, warum der Kläger nicht nöthig habe, den Namen der Klage im Libell auszudrücken [7]). Bey jeder Klage, sie betreffe nun den Besitz oder das Recht selbst, und dieses sey so verschieden, als es wolle, ist immer ein doppelter Klagegrund zu unterscheiden, nämlich der nächste oder allgemeine, und der entfernte oder besondere. Ersterer besteht darin, daß bloß im Allgemeinen die Art des Rechts, woraus man klagt, oder die Verbindlichkeit des Beklagten überhaupt in dem Klaglibell ausgedrückt wird; letzterer aber darin, daß zugleich die factischen Gründe, wie das Recht des Klägers erworben worden, oder die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, angeführt werden. Da Schmidt im Lehrbuche von Klagen [8]) die Frage: was jede Hauptklage für einen nächsten und entfernten Klagegrund habe? schon ausführlich abgehandelt hat, so kann ich mich der Kürze wegen füglich darauf beziehen. So unstreitig

6) Jüngst. Reichsabsch. §. 96.

7) Man vergleiche hier vorzüglich EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. c. Tom. I. pag. 207.

8) 1. Th. §. 97—99.

streitig nun bey persönlichen Klagen nicht nur der nächste, sondern auch der entfernte Klagegrund, nämlich der Name des Contracts, Delicts, oder sonstigen Geschäffts, woraus die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, jedesmal angezeigt werden muß, wenn nicht der Libell, als zu allgemein und unbestimmt, verworfen werden soll [9]); so behauptet man dennoch insgemein, daß es bey den dinglichen Klagen hinlänglich sey, nur überhaupt die Gattung des dinglichen Rechts anzuführen, worauf man seinen Anspruch gründet, die Angabe eines besondern Rechtstitels aber, wodurch man das klagbar gemachte dingliche Recht erworben hat, keinesweges erfordert werde, sondern nur allenfalls räthlich sey. Allein die bey den Römern gültig gewesenen Klagformeln: *ajo me esse beredem*; *banc rem meam esse ajo ex iure Quiritium*, welche nur die Art des verfolgten Rechts, nicht aber den Titel der Erwerbung ausdrückten, sind in Teutschland weder üblich, noch erlaubt. Die Klage muß doch eine genaue und vollständige Geschichtserzählung enthalten. Wenn nun der Kläger blos sagen wollte: Titius ist gestorben, und ich bin sein Erbe, so ist ein solcher Libell viel zu allgemein gefaßt, und muß daher als unschicklich verworfen werden. Denn wie ist hier eine specielle Litiscontestation möglich? wie kann sich auch der Beklagte gegen eine solche Klage, die nur den allgemeinen Klagegrund enthält, gehörig vertheidigen, und die nöthigen Exceptionen derselben entgegensetzen, welche doch nach Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes §. 34. sogleich bey Verlust derselben der Litiscontestation angehängt werden müssen?

9) *L. 14. §. 2. L. 27. D. de except. rei iudic. Cap. 3. X. de libelli oblat.*

sen [10])? Die Anführung des besondern Klagegrundes kann überdem in mehr als einer Rücksicht für den Kläger sehr nützlich seyn. Denn 1) kann der Kläger, bey bloßer Anführung des nächsten Klagegrundes, von Seiten des Beklagten wohl weiter nichts, als eine allgemeine Abläugnung desselben erwarten. Da ihm nun der Beweis obliegt, so verliert er hierdurch den Vortheil, Elisivartikel zu übergeben, wodurch er hätte des Beklagten Einreden wider den besondern Klagegrund entkräften, und dem Beweise seiner Klage ein desto größeres Gewicht geben können [11]). 2) Bleibt dem Kläger, wenn er auch den Prozeß verlieren sollte, dennoch, sofern der Beklagte blos wegen des vom Kläger angeführten und nicht erwiesenen besondern Klagegrundes von dem Anspruche desselben entbunden worden, alsdann noch immer unbenommen, die nämliche Sache noch einmal aus einem andern Titel gerichtlich zu verfolgen, ohne daß ihm die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegenstehet [12]).

§. 282.

10) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. und besonders *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 10. Gönner im Handbuch 2. Band. Nr. XXXIII. §. 4. Grolman in der Theorie §. 166. S. 327. und Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 100. Not. z. S. 95.

11) EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* I. C. C. cit. loc. not. b. Tom. I. pag. 206.

12) *L. 11. §. 2. D. de except. rei iudic. Cap. 3. de sentent. et re iudic. in 6to.* L. B. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 481. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4362.

§. 282.

Vom Gesuche. Strafe des Zuvielbittens nach römischen und heutigen Rechten.

Den Schluß einer Klageschrift macht das Gesuch aus, welches in einem aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde gefolgerten, und sowohl der gewählten Prozeßart als dem Gegenstande des Rechtsstreits angemessenen Vortrage des Klägers bestehet, wie der Richter nach der Ordnung des Prozesses in der Sache verfahren, und demnächst erkennen solle. Dieses Gesuch ist demnach doppelt. Es geht theils auf die Verfügung des gehörigen Verfahrens, theils auf das, diesem nachfolgende Definitiverkenntniß in der Sache selbst. Jenes nennt man das vorläufige oder prozessualische Gesuch, und betrifft den Lauf des Prozesses. Es richtet sich daher nach der verschiedenen Art desselben, und ist anders im executivischen, als beym ordentlichen bürgerlichen Prozesse einzurichten. Letzteres nennt man die Bitte in der Hauptsache oder das eigentliche Klagegesuch; dieses betrifft das verfolgte Recht selbst, oder den Gegenstand des Rechtsstreits, und muß der Natur der angestellten Klage durchaus gemäß, und so gefaßt seyn, daß man daraus des Klägers Intention deutlich ersehen kann, wie er nämlich will, daß der Richter in der Hauptsache erkennen soll [13]). Es muß daher das Gesuch 1) concludent, d. i. dem Grunde der Klage und der Geschichtserzählung gemäß, 2) bestimmt und auf etwas gewisses gerichtet seyn. Ist jedoch die Klage eine actio uni-

13) Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 214.

universalis oder generalis (§. 276.), oder eine solche Klage, wo es vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er den Beklagten condemniren will (§. 274.), so wird auch ein allgemeines Gesuch für zuläßig gehalten. Zuweilen kann auch die Bitte alternativ eingerichtet werden, daß man nämlich von dem Beklagten fordert, er soll entweder das eine oder das andere leisten. Dieses kann geschehen, wenn entweder die vorhandene klare Verordnung eines Gesetzes [14]), oder ein herrschend gewordener Gerichtsgebrauch [15]), oder ein ausdrückliches Versprechen, dieses oder jenes zu leisten, oder die letzte Willensverordnung eines Verstorbenen dem Beklagten eine alternative Verbindlichkeit auflegt. Ist hingegen der Beklagte zwar zu einer bestimmten Leistung, jedoch dergestalt verbunden, daß ihm die Freyheit, ein drittes Auskunftsmittel zu wählen, überlassen bleibt, wodurch er sich jener Verbindlichkeit entledigen kann [16]), so darf eigentlich nicht alternativ geklagt werden;

14) Dies ist z. B. der Fall bey der ästimatorischen Klage, welche aus dem Trödelcontract entspringt. *L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.* Nicht weniger bey dem *Interdicto ex L. 7. D. de damno infect.* Vid. BOEHMER Diss. de libellis alternativis. Cap. II.

15) Eine solche alternative Verbindlichkeit hat der Gerichtsgebrauch bey der Schwängerungsklage eingeführt, bey welcher daher das Gesuch dahin gerichtet wird, daß der Beklagte die Klägerin entweder heyrathe, oder ausstatte. S. *I. H.* BOEHMER cit. Diss. de libellis alternativis. Cap. II. §. 8. *Io. Sam. Frid.* de BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. crim. Quaest. LXVIII. Obs. 1.

16) Hierher gehören z. B. die actio de pauperie, remedium L. 2. C. de rescind. venditione, actio hypothecaria contra tertium posses-

den [17]; geschieht es indessen, so wird der Libell deshalb nach dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht verworfen, sondern nach der Billigkeit so erklärt, daß der Beklagte zu dem, was die eigentliche Hauptverbindlichkeit desselben mit sich bringt, verurtheilt werde, wofern sich nicht etwa derselbe des ihm von den Gesetzen freygelassenen dritten Auskunftsmittels lieber bedienen wollte [18]. Von der alternativen Bitte ist die subsidiarische wohl zu unterscheiden, welche in einem solchen Falle Statt findet, wo der Beklagte durch sein Verschulden seiner Verbindlichkeit kein Genüge zu leisten vermag. Hier fällt die Wahl weg, die bey einer alternativen Verbindlichkeit dem Beklagten zusteht [19]. Endlich 3) darf auch der Kläger in keinem Falle vorsätzlich mehr bitten, als er zu fordern berechtiget ist, sonst steht ihm die exceptio plus petitionis entgegen. Die Pluris-petitio kann nun auf mancherley Art begangen werden [20].

 a) In

possessorem. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hyp.* Man sehe jedoch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 22.

17) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8. und EMMINGHAUS ad Eundem T. I. pag. 211. sq.

18) BOEHMER cit. Diss. de libell. alternativ. Cap. III. Man hat in der Praxis die Regel angenommen, *quod omnis libellus, quantum fieri potest, sustinendus sit*, welche auch das canonische Recht *cap. 5. X. de pignorib.* als billig anerkennt.

19) HERT Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita; in *Opusc.* Vol. I. T. III. pag. 348. sqq.

20) *§. 33. I. de actionib. Io.* WUNDERLICH Diss. sistens theoriam et usum practicum doctrinae de pluris petitione. *Rintelii* 1761.

a) In Ansehung der Sache selbst, die den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, (*plurispetitio re*) wenn der Kläger eine größere Summe, oder einen größeren Theil von einer Sache fordert, als ihm gebührt.

b) In Ansehung der Zeit (*plurispetitio tempore*) wenn auf die Bezahlung der Schuld geklagt wird, ehe noch der Zahlungstermin verstrichen ist.

c) In Ansehung des Ortes, (*plurispetitio loco*) wenn auf die Schuld an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, geklagt wird. Endlich

d) in Ansehung der Schuldbeschaffenheit, (*plurispetitio causa*) wenn die Schuld nicht in der Masse von dem Beklagten gefordert wird, als er dazu verbindlich ist. Dahin gehört, wenn der Beklagte nur alternativ zu diesem oder jenem verbunden ist, er aber dennoch schlechthin auf eins von beyden belanget wird; oder wenn der Beklagte sich nur überhaupt zu einem gewissen genus verbindlich gemacht hat, so daß die Wahl der zu leistenden Species ihm überlassen ist, und dennoch wider ihn sogleich auf eine gewisse Species geklagt wird. Aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, die wir in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex [21]) finden, ist zu ersehen, daß zuerst die römischen Rechtsgelehrten durch ihre Gutachten diese

21) *L.* 2. *Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo.* Plus petitur, sicut responsis Prudentum continetur, summa, loco, tempore, causa, qualitate, aestimatione. Die letztern Worte *qualitate et aestimatione* sind blos eine Erklärung des Worts causa, und machen daher keine besondere Arten der plurispetitio aus, wie schon *Ant.* schulting in Iurisprud. Antejustin. pag. 712. Not. 7. bemerkt hat.

diese verschiedene Arten der Plurispetitio bemerklich gemacht haben, jedoch nahm sie der Prätor auch in sein Edict auf [22]). Die Strafe bestand ursprünglich in dem Verlust der ganzen Forderung [23]). Zwar wollen verschiedene angesehene Rechtsgelehrte behaupten, als ob diese Strafe nur in iudiciis stricti iuris (§. 190.) statt gefunden habe, in den iudiciis bonae fidei aber darum nicht, weil es die Billigkeit nicht erlaubt habe, den Kläger um einer bloßen Mehrforderung willen für sachfällig zu erklären [24]). Allein da in den Gesetzstellen, welche von der Strafe des Zuvielbittens handeln, von diesem Unterschiede inter iudicia bonae fidei und stricti iuris nichts erwähnet wird, überdem die interrogationes in iure, welche doch als ein Mittel, jener Strafe zu entgehen, bey den Römern waren eingeführt worden [25]) bey den iudiciis bonae fidei so gut, als bey den iudiciis stricti iuris üblich gewesen sind [26]), so scheint mir diese Meinung noch

22) Denn auch in dem Edicto perpetuo war ein Titel *de plus petendo* befindlich, wie *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 14. erwiesen. Siehe auch *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. de histor. Edictor. pag. 367. sqq.

23) PAULUS *lib. I. Sentent. Receptar. Tit. 10.* et *Lib. II. Tit. V. §. 3. in fin. L. 2. Cod. Hermog. cit.* apud SCHULTING cit. loc. § 33. *Inst. de actionib.*

24) *Franc.* HOTOMANNUS, *Ian. a* COSTA, *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 33. Inst. de actionib. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. p. 241. Not. 7. und pag. 274. Not. 12. HEINECCIUS in Opusc. postum. p. 368. und WUNDERLICH cit. Diss. §. 8.

25) *L. 1. pr. D. de interrogationib. in iure fac.* S. auch *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de eodem argumento pag. 6. sqq.

26) *Io. Phil.* CARRACH in Exercit. sist. sicilimenta de interrogationibus in iure earumque defectu in foris Germ. *Halae* 1751. §. 5. hat dieses aus vielen Beyspielen erwiesen.

noch vielem Zweifel unterworfen zu seyn. Die Kr. Zeno und Justinian hoben jedoch jene Strafe der pluris petitio bis auf einen gewissen Fall [27]) ganz auf, und verordneten dagegen, daß wenn Jemand zu früh klagen würde, der Zahlungstermin zur Strafe des Gläubigers verdoppelt, und den Beklagten die dadurch verursachten Prozeßkosten erstattet; in den übrigen Fällen einer plurispetitio aber der Kläger zum dreyfachen Ersatz des dem Beklagten durch die zu hohe Forderung verursachten Schadens verurtheilt werden solle [28]). Diese Strafen fallen jedoch heutiges Tages weg [29]). Denn wenn der Kläger entweder in Ansehung der Schuldforderung an sich, oder deren Beschaffenheit nach, wissentlich zu viel bittet (plus re vel causa petit), so muß er dem Beklagten, wenn dieser die wahre Schuld anerkennt, und solche zu leisten bereit ist, alle dadurch erweislich verursachte Schäden und Kosten ersetzen. Bittet er hingegen

27) Der Fall, in welchem Justinian die ehemalige Strafe der plurispetitio beybehalten hat, ist in der *Nov. XV. cap. 3. in fin.* und *cap. 4.* enthalten.

28) Man vergleiche ausser dem angef. *§. 33. in fin. I. de action.* noch *§. 10. I. de except.* und *§. 24. I. de actionib.* Beyde Verordnungen hat *Iac.* CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XII. cap. 21. aus den Basiliken restituirt, sie befinden sich auch in den neuern Ausgaben des Corporis Iuris Rom. *L. 1. et 2. Cod. de plus petition.* Man vergleiche noch *Io. Godofr.* SCHAUMBURG de Constitutionibus Impp. antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. rep. praelect. omissae sunt. Manip. IV. Obs. 7. et 9.

29) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. XXXVII. cor. 1. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum.* T. I. Fasc. II. Obs. 145.

gegen zu viel in Ansehung der Zeit, so wird der Beklagte von der Instanz losgesprochen, und der Kläger muß die Kosten tragen. Bittet endlich der Kläger zu viel in Ansehung des Orts, so muß er dem Beklagten das interesse loci vergüten [30].

§. 283.

Clauseln des Klaglibells.

Dem Klagschreiben pflegen übrigens mancherley Clauseln angehängt zu werden [31], welche aber größtentheils unnütz sind. Auch die sogenannte heilsame Clausel, wodurch man mittelst einer ganz bekannten Formel das mildrichterliche Amt zu imploriren pflegt, hat nicht den Werth, den man ihr nach dem Gerichtsgebrauche gewöhnlich beylegt. Denn da der Richter auf dasjenige, was den gemeinen Rechten gemäß ist, schon von Amtswegen Rücksicht nehmen muß, wenn er auch gleich nicht ausdrücklich darum gebeten worden ist [32], wesentliche Mängel des Klag-

30) *Cap. un. X. de plus petit.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 673.

31) *Casp. a* RHEDEN Diss. de superfluis ineptis et inutilibus libellorum clausulis. *Bremae* 1717. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Prozesses §. 79. u. 80.

32) *L. un. Cod. Ut, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat. Cap. 6. X. de iudic.* Man vergleiche *Io. Frid.* WAHL Progr. de iustis cancellis, quibus officium iudicis vel ius dicentis in adiuvando actore per libelli interpretationem secund. aequi rationem et ius scriptum Caesar. ac Pontific. circumscribitur. *Goettingae* 1752. J. M. Renners Abhandl. über die L. un. Cod. ut quae des. adv. part. oder von dem richterlichen Erfüllungsamte. Jena 1784. (in *Meditat. ad* SCHAUMBURGII *Princip.*

Klaglibells aber mittelst dieser Clausel nicht geheilet werden können [33]); so erhellet hieraus, daß auch diese sogenannte heilsame Clausel ohne Nutzen ist [34]). Da indessen ihre Einrückung einmal zu dem Kunstmäßigen der Klagschrift gehört, so ist es wenigstens nicht rathsam, solche wegzulassen, zumal da man ihr in der Praxis wenigstens den Nutzen zuschreibt, daß ausserwesentliche Mängel des Klageschreibens dadurch geheilt werden könnten, auch der Richter vermöge derselben darüber erkennen dürfe, was nicht besonders gebeten worden, und was derselbe unaufgerufen nicht zuerkannt haben würde [35]).

cip. prax. iurid.) MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 146. Schneiders Handbuch I. 10. und Höpfners Commentar über die Institut. §. 1240. Not. 1.

33) *de* COCCEJI Jur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

34) *Io. Baptist. Andr.* LOEHLEIN Spec. iur. civ. de otio clausulae salutaris, quo clauf. salutaris origo investigatur, effectus a DD. eidem attribui consueti enumerantur, otium denique eiusd. in quov. libello demonstratur. *Wirceburgi* 1752. u. Danz Grundsf. des ordentl. Prozesses §. 80.

35) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4364. a. E. Siehe auch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 300.

Berichtigungen.

S. 74. Z. 5. ist statt: Besitzer, Beysitzer zu lesen.

S. 244. Z. 20. statt: so kann dennoch lies: es kann aber dennoch rc.

S. 365. Not. 96. ist hinzuzufügen: Man sehe jedoch Martins und Walchs Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß. 1. Bandes 2. Heft. Nr. V. S. 154. ff.

S. 447. Not. 76 Setze hinzu: Zuweilen kann sie jedoch auch eine cautio de iudicato solvendo seyn. S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 299. der zweyten Aufl. und besonders Ge. Heinr. Oesterley über die Caution für die Wiederklage. Göttingen 1805. 8.

